DON JOANNIS

PUGÆ ET FEIJOO J. C.

ET

PRIMARII ANTECESSORIS

SALMANTICENSIS,

REGII NEAPOLITANI SENATUS PRÆSIDIS,

O P E R A.

Digitized by Google

DON JOANNIS
PUGÆ ET FEIJOO J. C.

E T

PRIMARII ANTECESSORIS
SALMANTICENSIS,

REGII NEAPOLITANI SENATUS PRÆSIDIS,

TRACTATUS ACADEMICI,

S I V E,

OPERA OMNIA POSTHUMA,

EX SPARSIS MANUSCRIPTIS, NUNC PRIMUM in unum collecta, recognita, digeſta, Indicibus adaucta, & in duos Tomos diſtributa, à Don GREGORIO MAYANS J. C. Olivenſi, & in Academia Valentina Juſtinianei Codicis Interprete.

TOMUS PRIMUS.

LUGDUNI,

Apud FRATRES DEVILLE.

MDCCXXXV.

CUM PRIVILEGIO REGIS.

Digitized by Google

EMINENTISSIMO VIRO

D. D. ANDREÆ HERCULI FLEURY,

S. R. E. CARDINALI SAPIENTISSIMO,
& Chriſtianiſſimi Regis Adminiſtro, Principi integerrimo vigilantiſſimoque GREG. MAYANS Generoſus Valentinus,
S. P. D.

QUAMQUAM nec eruditione, nec eloquentia, nec ulla ejuſmodi virtute præditus ſim, quæ me ad te ſcribentem, EMINENTISSIME VIR, *a temeritatis nota excuſare poſſit; tanta me tamen dignitatis, ſplendoris, gloriæque tuæ, tantaque laudum tuarum per omnium ora volitantium perculit admiratio, ut temperare mihi non poſſim, quin tibi per litteras animum meum teſter, amorem declarem, gratias denique agam ob tua illuſtriſſima merita in Orbem Chriſtianum. Tantum enim invigilas conſuliſque communi omnium ſaluti, ut tibi non ſolum debeamus pacis & concordiæ publicæ conſilia; ſed per te etiam fruamur feliciſsimo otio & tranquillitate ſumma. Per te omnis Gallia opulentiſſima eſt, in ea creſcunt artes, florent ſtudia, regnant virtutes, vera Religio triumphat. Per te Reges & Reſpublicæ amicitiam tenent, in tota Europa commercium viget, ſaluſque publica veluti adamantino clavo defixa eſt. Idcirco te omnes gentes, præſertim Europææ, ſuſpiciunt, venerantur, prædicant, pro tua incolumitate vota faciunt. Te Hiſtorici celebrant, Oratores laudant, Poëtæ canunt. Et in tanta tot tamque diverſarum linguarum celebritate ſola Hiſpania taceat? Hiſpania quæ propius quam ceteræ Nationes ſpectat tua egregia facinora, &, te Sequeſtro, pace fruitur publica? Non feram, non patiar, non ſinam. Meum de te ſenſum, licet ruditer, exprimam. Equidem ego, quoties (ut fieri ſolet) de noſtri ſeculi Principibus Viris verba facit, ſoleo dicere, idque libenter crebris uſurpare ſermonibus, neminem mihi venire in mentem, cui concedere debeas in Reipublicæ adminiſtrandæ ſcientia. Idque ego abundè comprobari poſſe exiſtimo, vel ſola felicitate Gallici Regni, quam Nationes omnes admirantur, & talem optant ſibi. Vellem dicere quæ ſentio. Sed neque per hujus ſeculi invidiam liberè loqui licet: neque modeſtia tua permitteret a me digna dici virtutibus tuis. Verum hoc me conſolor recreorque, quod ſciunt*

omnes quid ego ſentiam de tuis virtutibus præclariſſimis. Videlicet illud ipſum quod de illis ſentiunt omnes ii, quibus aliquid cordis natura dedit. Omnium enim mentibus occurris laudandus, ut nemo magis hoc ſeculo: in ſingulis imitandus, ut qui maxime. Tu Chriſtianis omnibus obverſaris ut probitatis & integritatis exemplar; Viris doctis, ut ſapientiſſimus: Epiſcopis vigilantiſſimus: Cardinalibus, ut religioſiſſimus Apoſtolicæ Sedis Propugnator: Regum Conſiliariis, ut Canon Chriſtianæ Politices. In te unuſquiſque intuetur, non quod imitetur ſolum, ſed heroicas quaſdam virtutes, omnium admiratione digniſſima, liberalitatem egregiam, excelſiſſimam animi magnitudinem. Cum hæc omnia cogitatione volverem, cupiditate ardebam incredibili animi mei teſtificandi tibi. Incitabat me ſingularis plane ac prope divina humanitas tua. Retrahebat dignitas. Contemplabar te publicis intentum negotiis. De privatis agere videbatur alienum. Animum faciebat conſiderare, te Magni Mecenatis *exemplo litteras, & litteratos amare: Virum utique exquiſitiſſimæ doctrinæ ſucco, non leviter modo tinctum, ſed penitus imbutum. Sed animum illum minuebat conſcia mens imbecillitatis ingenioli mei. Videbar parum verecundè acturus, ſi ſolam voluntatem manifeſtarem tibi, cum in te quilibet propenſam habeat. Quid præterea præſtarem tanto viro dignum non occurrebat. Denique quærenti mihi diu, quid ad te potiſſimùm mitterem, non modò certa res ulla, ſed ne genus quidem veniebat in mentem. Verum occaſio, ſeu Divina potius Providentia mihi facultatem dedit, quam conſilii inopia denegabat. Cum enim ego recenſuiſſem Opera omnia Poſthuma* JOANNIS PUGÆ, *Anteceſſoris Salmanticenſis præclariſſimi, Regii Neapolitani Senatus quondam Præſidis; cumque hæc in Gallia, Lugduni ſcilicet, publicanda eſſent, exiſtimavi extra eam non eſſe quærendum Patronum, neque alium deligendum, quam te, qui quam utiles futuri ſint ad Juriſprudentiam illuſtrandam, Libri quos tibi dedico inſcriboque, pro tua eruditione & ſapientia facilè cognoſces. Quod ſi hæc Opera doctiſſima, & ingenioſiſſima, quibus nihil aliud deeſt, præter amœnitatem illam eruditionis, quam noſtri ſeculi faſtidioſa criſis deſiderabit forſan, benignitate qua ſoles, tu acceperis, magnus animus accedet mihi, ut quamprimum aliqua Opuſcula tibi offeram ex noſtra paupertina penu, & inter cetera Epiſtolarum Libros ſex, quorum quartus formis Typographicis jam excuditur. Quod munuſculum aliqua ſaltem ex parte tibi fore gratum confido, cum Epiſtolas plurimas contineat ad me datas ab hujus ſeculi viris eruditiſſimis. Intereà vero accipe leviſſimam animi erga te mei teſtificationem. Accipe me quoque in clientelam tuam, ut felix ſim. Tu verò fac ut tui ſimilis ſis. Nam in altiſſimo dignitatis, prudentiæ, ſapientiæ, proſperitatiſque gradu collocatus: quid ulterius poſſis deſiderare, plane non video, niſi ut perpetuus ſit tuæ felicitatis curſus, quacum eſt conjuncta, & veluti trabali clavo defixa totius Europæ ſalus & tranquillitas. Te igitur Deus Opt. Max. ſervet, ſoſpitet. In quo voto felicique omine deſino cum illis omnibus qui bene ſentiunt cupiuntque. Valentiæ Edetanorum* XV. *Kal. Januarias anni MDCCXXXII.*

VITA

VITA DON JOANNIS PUGÆ ET FEIJOO Juriſconſulti, & Primarii Anteceſſoris, Regii Neapolitani Senatûs Præſidis, Supremi Italiæ Concilii Senatoris deſignati; Auctore Don Gregorio Mayàns & Siſcàr Juriſconſulto Olivenſi, Hiſpaniarum Regi à Bibliotheca, & in Academia Valentina Juſtiniani Codicis Interprete.

JOANNES PUGA & FEIJOO natus fuit Salmanticæ anno 1653. Patrem habuit Cl. Virum Doctorem *Franciſcum Pugam & Feijoo*, qui fuit olim inter Alumnos Collegii Sanctæ Mariæ Angelorum; poſteà inter majores Archiepiſcopi Collegas; deniquè in Salmanticenſi Academia Primarius Canonum Anteceſſor. Tacitus nullo modo præterire poſſum quæ de *Franciſco Puga* poſteritati commendavit *Andreas Mendo* [a] *Ex Collegiis* (inquit) *tum Militaribus, tum Minoribus clariſſimi viri prodierunt, & in dies prodeunt, Unum pro multis exprimere ſufficiat D. Franciſcum de Puga & Feijoo, in Collegio Sanctæ Mariæ Angelorum nunc cùm hæc ſcribo* (b) *Togatum Cathedræ perpetuæ Decreti in hac ipſa Salmanticenſi Academia Moderatorem, cujus amœniſſimo, vivido, nervoſoque ingenii acumine Schola literaria gloriatur, & eum ob totius literaturæ encyclopediam veneratur, & amat. Pugæ & Feijoones*, Nobiles ſunt è Gallæcia & Indigenæ. Patrem ſuum egtegiè ſuppreſſo nomine laudavit ejus filius *Joannes* cùm ita ſcripſit (c) *Subtiliſſimè comperit literariæ Paleſtræ quondam fortunatiſsimus apex, cui invidit importuna ſors, Dominus ac Parens meus.* Eundem tamen alibi (d) expreſſo nomine laudavit, & Patrem ſuum fuiſſe confeſſus eſt. *Vulgarem* (inquit) *& diffuſam hanc Juris partem, quam præter claſſicos Interpretes, ex Salmantinis noſtris Anteceſſoribus illuſtrarunt, Dominus ac Parens meus D. Franciſcus de Puga & Feijoo in ſpecioſa manuſcripta Relectione ad textum in l. Antiſtius 62. de adq. her. Dominus Retes, &c.* Ex quibus verbis, licèt ſubobſcurè colligitur, *Franciſcum Pugam* unum etiam fuiſſe ex Salmanticenſibus legum Profeſſoribus. Et verò meus avus maternus Cl. *Joannes Siſcar* (Deus immortalis, qualis quantuſque Vir, doctrinâ, humanitate, prudentiâ!) in Diſputatione manuſcripta quam habeo *Ad Tit. Pand. De rebus creditis*, manu ſua hæc addidit. *Auctore D. Franciſco de Puga & Feijoo, Digeſti veteris Cathedræ apud Salmaticenſes Profeſſore.* Idem avus meus ingeniorum Cenſor acerrimus, cùm mihi puero cupiditatem adeundi Salmanticam excitare vellet, præteriti temporis laudans egregios Viros, *Franciſci Pugæ* ingenium, & eruditionem mirum in modum extollebat.

Cum eâ igitur ingenii & doctrinæ laude *Franciſcus* eſſet, optabat filium ſuum erudiri inſigniter. Eum in finem curavit ut anno 1661. In Conceptionis Collegium, quod Orphanorum vocant, ingrederetur. Erat in Puero mira ingenii

(a) *De Jure Academico lib. 1. n. 204.* (b) *Anno 1654.* (c) *Tract. 13. cap. 1. n. 21.* (d) *Tract. 21. cap. 2. n. 1.*

nii docilitas, quâ factum fuit, ut brevi tempore Grammaticam addiſceret. Humaniores literas vix ſalutaſſe videtur vir ceteroquin humaniſſimus. Quantum temporis impenderit Philoſophiæ, minime conſtat. Ex ejus autem ſcriptis facile colligitur, Dialecticæ ſaltem navaſſe operam.

Erat tunc Salmantica plena doctiſſimorum virorum, ſtudiaque hæc Civilis ſcientiæ vehementer ſanè colebantur. Nactus itaque fuit *Puga* noſter Præceptores egregios: Utrumque *Zamoram*, *Joſephum*, & *Franciſcum*; filios *Antonii* celeberrimi Medici; *Joſephum Reteſium*, *Didacum Sernam*, & *Joannem Ferdinandi de Heneſtroſa*: quos omnes *Puga* ut Præceptores ſuos nominat, & laudat.

Joſephi Nonnii Zamoræ tanta cum laude meminit, ut de illo ſic ſcribere auſus fuerit (e) *Veriorem forſitan ejus Scævolæ reſponſi interpretationem excogitavit ſubtiliſſimus Primarius Anteceſſor, & Magiſter meus, quo majorem Academia noſtra non tulit D. D. D. Joſephus Nuñez de Zamora.* Quod profectò teſtimonium Diſcipuli erga magiſtrum amor, non judicium extorſit. Cumque *Puga* noſter hoc ſcriberet, memoriâ ejus exciderat, quanti viri fuiſſent, *Didacus Covarruvias*, *Emmanuel Coſta*, *Joannes Altamiranus*, & ut plures alios omittam, Francorum Comes, & Supremi Indiarum Senatus Præſes, *Franciſcus Ramos del Manzano*, è cujus ludo, velut ex equo Trojano tot prodiere viri, doctrinâ, & eruditione memorabiles, *Joannes Suarezius de Mendoza* vir excellentis ingenii ac præſtantiſſimæ eruditionis; *Joſephus Reteſius* vir ingenii amœniſſimi, & elegantiſſimi; deniquè *Nicolaus Antonius* clariſſimum Hiſpaniæ ornamentum, & eruditionis Hiſpanorum vindex acerrimus.

Franciſcum etiam *Nonnium Zamoram*, *Joſephi* fratrem (ut diximus) *Puga* noſter vocat (f) *doctiſſimum Præceptorem*, *& Anteceſſorem ſuum.* Memini ego avum meum de duobus *Zamoris* multa jucundiſſimè narrare ſolitum, quæ hic referre inſtituti mei non eſt. Hoc tantum. Doctrinæ copiam *Franciſco*, ingenii laudem *Joſepho* tribuebat; referebatque cantiunculam, quam pueri per vias cantitabant, cujus cum ego non meminiſſem, fortè accidit ut Ampliſſimus Cardinalis *Alvarius Centigneus*, qui maximis licet occupationibus diſtrictus, huic vitæ legendæ, & alicubi emendandæ ſibi otium fecit, illam mihi revocaverit in mentem. Sic autem ſe habet

Argumento el padre lince,
Solucion la de Godoi,
Ingenio el de zamorilla,
Textos los de zamoron.

Ita zamoræ vulgò appellabantur à corporis habitudine. *Joſephi* extat Solemnis Repetitio *ad l. quæ ſub conditione* 8. *de cond. inſt.* quam edidit ejus Diſcipulus *Ferdinandus de Meneſes & Pedroſa*, adjunxitque ſuæ Expoſitioni *ad tit. de Reg. jur.* Utrique *Zamoræ Goffredus* debet magno in pretio eſſe apud Salmanticenſes. Ab eis hauſit *Puga* amorem illum in eundem Juris interpretem, quem *ſubtiliſſimum virum* paſſim nominat. Ego potius laudabo, quam imitabor *Joannis Pugæ* patientiam in pervolutando legendoque homine quotquot Civile Jus interpretati ſunt, obſcuriſſimo, neque tanti ingenii, quanti prædicari ſolet. Nam quodnam

(e) *Tract.* 19. *cap.* 2, *n. ult.* (f) *Tract.* 21. *cap.* 1. *num.* 44.

quodnam quæſo eſt ingenii argumentum inter plurima deliria, aliquid acutè dicere? An ideò ſubtilis, quia in fronte libri *ſubtiliſſimus* inſcribitur? At ſimilibus titulis veteres omnes Interpretes decorati ſunt Typographorum calculo, aut ipſorummet auctorum ſuffragio, quibus in cauſa propria quænam adhibenda ſit fides, lectoris judicium eſto. Per me tamen legat eum qui volet. Vereor autem theſauri carbones. Quod ideo moneo, ne magnorum virorum auctoritate ſe juventus incauta abripi patiatur. Sane ipſe *Puga* cum ingenii eſſet perſpicaciſſimi, & in *Goffredi* lectione aſſiduus; ejus tamen obſcuritatem multis in locis confeſſus eſt. (g)

Præterea *Joannes Puga* Præceptoris ſui *Reteſii* paſſim mentionem fecit, vocavitque, *magnum Præceptorem ſuum* (h) *eruditiſſimum Antecessorem*, *& Præceptorem ſuum* (i) *ſemper venerandum.* (x) Quamquam ita frequenter *Reteſii* doctrinam impugnat, ut facile credi poſſit, ei parum faviſſe, tanquam *Zamorarum* æmulo. Niſi dicamus ideo in *Reteſium* pluſquam in ceteros invehi, quia eum pluſquam in ceteros invehi, quia eum pluſquam ceteros legebat ob doctrinæ copiam, & præſtantiam.

Didaci Sernæ & Cantoralis Præceptoris ſui etiam *Puga* noſter meminit ſæpiſſime, eumque appellat, *Antecessorem*, *& Præceptorem ſuum doctiſſimum* (l) *eruditiſſimum* (m) *diſertiſſimum* (n) *egregium Præceptorem ſuum* (o) quæ ſane laudes majores ſunt præ meritis, niſi *Sernæ* manuſcripta, quæ mihi legere non contigit, multo meliora ſint quam *Exercitationes*, quas publicavit Juvenis, quæ mihi videntur pueriles eſſe, & adoleſcentis non magna, neque præclara promittentis.

Denique refert *Puga* noſter ſuum Præceptorem *Joannem Ferdinandi de Heneſtroſa* (p) qui (niſi me fallit animus) ſcriptis poſtea inclaruit, nam ejus memini vidiſſe librum *De impenſis in res dotales factis.* Nactus igitur ille Præceptores quinque certatim doctos.

Cum itaque *Joannes Puga* uſus fuerit Patre adeò docto atque diſerto, præceptoribuſque eximiis; ipſeque præterea fuerit magno ingenio, honeſtæque laudis cupidiſſimus, facilè colligi poteſt, quantum profectum fecerit, eum præſertim incitante ad honeſtam gloriam condiſcipulorum famâ, qui fuere plurimi, & eorum multi non ignobiles.

Suſpicari licet *Joannem* noſtrum, tranſacto quinquennio, quod præcedere debet, ad Bachalaurei (uti vocant) gradum obtinendum, ſuſcepiſſe Juris laureolas primas, ut ita ſe poſſet exercere in velitationibus illis litterariis, quibus Adoleſcentium ingenia periclitari ſolent, ut ſui edant ſpecimina, quæ in petitione Cathedrarum commemorari poſſint. Præterea poſteaquam legitima ſtudiorum ſpatia emenſus fuit, Doctoris lauream ſuſcepit. Quo autem anno, etſi curavi inquirere per literas, ſcire non potui. In Catalogo autem Salmanticenſium Doctorum, neceſſariò id debet annotatum eſſe.

Per illa tempora *Joannes* noſter conſcripſit plurimos *Tractatus*, quos ipſe vocat *Privatos*; id eſt, elucubratos in privatum uſum. Sic appellavit *Tractatus*, *De legato debiti.* (q) *De falſis demonſtrationibus.* (r) *De lege Commiſſoria* (ſ) ac proinde etiam privatus fuiſſe credendus eſt *Tractatus* qui eum præceſſit, *De in diem*

addictione,

(g) *Tract.* 8. *num.* 30. *tract.* 13. *cap.* 2. *n.* 16. *tract.* 17. *cap. ult. n.* 20. (h) *Tract.* 14. *in Proœm.* (i) *Tract.* 20. *cap.* 1. *n.* 1. (x) *Tract.* 20. *cap.* 4. *n.* 20. (l) *Tract.* 13. *c.* 3. *n.* 2. (m) *Tract.* 18. *c.* 3. *n.* 7. (n) *Tract.* 18. *c.* 2. *n.* 29. (o) *Tract.* 21. *c.* 1. *n.* 3. (p) *Tract.* 13. *c.* 4. *n.* 14. (q) *Tract.* 13. *c.* 4. *n.* 22. (r) *Tract.* 21. *cap.* 1. *n.* 45. (ſ) *Tract.* 21. *c.* 3. *n.* 25.

addictione, quem ut ſuum agnoſcit. (t) Itemque *De pignore rei alienæ*, quem ipſe etiam ut ſuum vindicat. (u) Exiſtimo etiam fuiſſe privatum *Tractatum de diſpoſitione in incertam perſonam collata* (x) itemque illum quo diſputavit, *De ſervo pignori dato manumiſſo*. Quem nemo negat eſſe *Pugæ*, & ejuſdem eſſe ſtilus manifeſte arguit. Certe *Tractatum* illum quo explicavit *l. ſi fidei meæ* 28. *de legat*. 3. ſcripſit in gratiam illuſtriſſimi viri *Paſchaſii Aragonii*, ut memoratæ legis ſententiam ſibi per ſororem oblatam propugnare poſſet. Illud apud omnes debet eſſe certiſſimum, prædictos omnes *Tractatus* eſſe *Joannis Pugæ*, cum ipſe agnoſcat allegetque ut ſuos deſignatis capitibus, & capitum ſectionibus, idemque probet ſtilus ubique uniformis. Quare ſi poſthac apparebunt aliquæ corniculæ denudatæ, gloriæ ſibi falsò arrogatæ pœnas luent.

Præter *Tractatus Privatos* ſcripſit etiam *Publicos*: quos publicè ſcilicet in Academia dictavit, poſtea quam Juris Civilis Anteceſſor renunciatus fuit. Id autem contigit hoc pacto.

Quartò decimò Kalendas Novembris anni 1678. cum multa ingenii ſui doctrinæque argumenta in velitationibus publicis variiſque competitionibus exhibuiſſet *Joannes Puga*, Inſtitutionum Cathedram obtinuit (quam vocant minus antiquam) ex conſultatione Regii Caſtellæ Senatus, & electione *Caroli II.* Hiſpaniarum Regis.

Eo igitur anno, literario ſcilicet, quod incipit à feſto *Sancti Lucæ*, & in *Div. Joannis Baptiſtæ* deſinit, dictaſſe ſuſpicor ad *Titulum Inſtitutionum*, *Pandectarum*, *& Codicis quod cum eo qui in aliena poteſtate eſt*, *negotium geſtum eſſe dicetur*. Item *Tractatum de modis inſtituendi*, quæ prima fuit ex *Obſervationibus Academicis*, quas ipſe dictaſſe refert. (y) Huic ego alteram adjunxi, *De prohibito concurſu lucrativarum cauſarum*, quæ proculdubio fuit ſcripta poſt *Tractatum quod cum eo*, cum hic in illa allegetur. (z) Utraque autem *Obſervatio* emiſſa fuit ſemeſtri antequam dictaret *Puga*, *de die certo contractibus adjecto*. (a) Et ex ipſius teſtimonio extra omnem controverſiam eſſe debet, *Tractatum de die certo* ſcriptum fuiſſe verno tempore, (b) hoc eſt, in curriculo, uti vocant, Hiſpanè *Curſillo*, quod Salmanticæ incipit (niſi me fallit memoria) 11. Kal. maias uſque ad ferias autumnales.

Idibus Juliis anni 1679. in Codicis Cathedram minus antiquam aſcendit, & eo anno ſecundum Academica præſcripta dictavit *De collationibus*. (c)

A die *Sancti Lucæ* ann. 1680. uſque ad diem *Sancti Joannis* ann. 1681. dictavit juxta Leges Academicas *De uſucapionibus*. Quod argumentum, ut ipſe refert, (d) *ante quatuor luſtra juſto exornavit commentario magnus ejus Præceptor Dom. Reteſ*. Nimirum *Reteſius* de eo argumento dictavit anno 1658. & 1659. excipiente avo meo *Joanne Siſcare*, qui id adnotavit manu ſua.

Poſtridiè Kalendas Januarias memorati anni 1681. evectus fuit *Puga* noſter ad Digeſti veteris Cathedram; & à die *Sancti Lucæ* uſque ad *Sancti Joannis* dictavit, *De Pactis liberatoriis*. (e)

A feſto *Sancti Lucæ* anni 1682 dictavit, *De eo quod certo loco dari oportet*, ſecundum

(t) *Tract.* 5. *c.* 1. *n.* 50. *& tract.* 14. *c.* 3. *n.* 3. (u) *Tract.* 22. *c.* 2. *n.* 17. (x) *Arguere id videtur hujus tractatus methodus longe diverſa ab aliis. Item quod Puga dicit tract.* 21. *cap.* 3. *n.* 17. *Niſi forte referas hunc tractatum ad Academicas Obſervationes quas dictavit in primo ſue Profeſſionis anno, arg tract.* 19. *c.* 1. *n.* 17. *Equidem hic tractatus ſit inſcriptus. erat.* Obſervatio Academica. (y) *Tract.* 12. *cap.* 2. *n. ult.* (z) *Tract.* 11. *n.* 12. (a) *Tract.* 12. *cap.* 2. *n. ult.* (b) *Tract.* 12. *c.* 2. *n. ult.* (c) *Tract.* 13. *in Proœm. juncto tract.* 13. *c.* 2. *n.* 5. (d) *Tract.* 14. *in Proœm.* (e) *Tract.* 16. *in Proœm.*

eundum Academicas Leges, ut ipſe ait *in Proœmio*. Et quinto idus Decembris ejuſdem anni 1682. electus fuit Anteceſſor Veſpertinus.

A die *Sancti Lucæ* 1683. dictavit in antiquiori hac Veſpertina Anteceſſura (f) *De acquirenda, vel amittenda poſſeſſione*; cumque hujus Tractatus cap. 2. abſolviſſet, Primarii Profeſſoris munus obtinuit, ut ipſe refert *initio cap.* 3. ubi addit, non cogi ſe *Tractatum* illum abſolvere, ſed in poteſtate habere cum facili alicujus textus expoſitione permutare: hoc tamen facere noluit utilitatem excipientium ſuo labori anteponens. Primariam Cathedram obtinuit *Supremi Senatûs numine aſpirante*, ut ipſe ait alicubi, [g] ſeu ut cordatius alibi loquitur [h] *unanimi Supremi Senatûs cenſurâ.* Quod frequenter evenit in his qui Cathedram habent à prima proximam. In Primariæ Cathedræ competitione ſorte oblatus ei fuit, difficilis & ſingularis *Papiniani* textus *in l. cum filius* 76. §. *ſervus* 4. *de legat.* 2. quem, ut ipſe ait, quâ ſolet indulgentiâ erga ſua, novâ luce illuſtravit. Sed quæ tunc tumultuario labore congeſta ex tempore dixit, ſeveriori poſtea judicio diſcuſſa tradidit. [i] Mirandum igitur non eſt, *Recitationem* illam non extare, cum ipſi auctori aliquantulum diſplicuerit, & ejus doctrinam poſtea tranſtulerit in *Tractatum de ceſſione legatorum*. [x]

Primarius Anteceſſor renunciatus, à die *Sancti Lucæ* ann. 1684. uſque ad tertium decimum Kalendas auguſtas anni 1685. dictavit *ad titulos Pandectarum, & Codicis, quando dies legatorum, vel fideicommiſſorum cedat.* [l]

Anno litterario 1685. & 1686. *De vulgari, & pupillari ſubſtitutione.* Anno 1686. & 1687. *De tranſmiſſione hæreditatis.*

Anno 1687. & 1688. cum agere deberet ad *Titulum Pandectarum, de liberis, & poſthumis*; maluit tamen dictare *de conditionibus inſtitutionum*: quia argumentum illud plurimi Anteceſſores pertractarunt; hoc non ita; & indignum ſibi videbatur ab aliis ſcripta tranſcribere. [m]

Denique anno 1688. & 1689. dictavit *de rebus eorum qui ſub tutela, vel cura ſunt ſine decreto non alienandis, vel ſupponendis.* In cujus *Tractatus Proœmio* ait, ſe de illo argumento dictare, quia recenſetur inter præſcripta Academicis Legibus, licet novum poſſet eligere. Nimirum, quia ut mihi videtur, ſcribebat anno primo poſt quinquennium ſuæ Primariæ profeſſionis. Atque hoc *Tractatu* pulcherrimum colophonem impoſuit ſuis *Dictatis publicis.* Quæ quidem *Publica dictata* eo & non alio ordine conſcripta fuiſſe mihi liquido conſtat ex ipſius *Pugæ* allegationibus. [n] Ex quibus manifeſte conſtabit, nullum ex his *Tractatibus* ſuppoſititium eſſe. Qua in re viros etiam doctiſſimos vidi labi turpiter, cum ei adjudicarent aliorum opera indigniſſima, & quæ genuina ejus eſſent, attribuerent aliis. Quibus erroribus deinceps poſt diligentiam noſtram locus erit

(f) *Tract.* 17. *in Proœm.* (g) *Tract.* 17. *c.* 3. *n.* 2. (h) *Tract.* 18. *c.* 2. *n.* 17. (i) *Tract.* 18. *c.* 2. *n.* 17. (x) *Tract.* 18. *c.* 2. *n.* 17. (l) *Tract.* 18. *in Proœm.* (m) *Tract.* 21. *in Proœm.* (n) *Tractatus nonus* De edicto quod cum eo, *qui primus fuit ex Publicis, allegatur in tract.* 11. *n.* 12. *Undecimum autem tractatum preceſſit qui nunc eſt decimus arg. tract.* 12. *c.* 2. *n. ult. Tractatum decimum, & undecimum que Academicæ Obſervationes fuere* (*hunc enim titulum manuſcripta præferebant*) *ſequutus eſt tractatus* 12. de die certo, *ut conſtat ex d. c.* 2. *n. ult. Tractatus* 12. *allegatur in* 13. *c.* 2. *n.* 5. *Decimus tertius in* 14. *c.* 2. *n.* 10. *Decimus quartus neceſſario preceſſit decimum quintum* De eo quod certo loco, *cum ille allegetur in tractatu* 16. De pactis liberatoriis, *c.* 4. *n.* 19. *&* 29. *Decimus ſextus allegatur in* 17. *c.* 2. *n.* 13. *Decimus ſeptimus in* 18. *c.* 5. *n.* 17. *Decimus octavus in* 19. *c.* 1. *n.* 33. *& ult. c.* 3. *n.* 23. *cap.* 4. *n.* 25. *&* 26. *Decimus nonus in* 20. *c.* 1. *n.* 16. *c.* 2. *n.* 7. *&* 32. *c.* 4. *n.* 5. *&* 9. *Vigeſimus in* 21. *c.* 1. *n.* 1. 36. *&* 46. *c.* 2. *n.* 2. *Neceſſario igitur colligitur tractatum* de rebus eorum *fuiſſe ultimum; nam ut omittam ibi allegari octo precedentes tractatus, liquido conſtat ex* Proœmio, *dictatum fuiſſe ſexto primariæ Profeſſionis anno, ſive anno* 1. *ſecundi quinquennii, in quo Salmanticenſes Primarii Profeſſores Legibus Academicis ſoluti ſunt, & dictare poſſunt de quolibet argumento, quod elegerint.*

erit nullus. Præterea *Tractatuum* Chronologica diſpoſitio proderit, ut judicii maturitas animadvertatur melius. Veriſſimum enim illud, poſteriores curas eſſe ſapientiores.

Cum tot igitur, tamque præclaris vigiliis conſpicuus eſſet *Joannes Puga*, clarus auditorum frequentiâ, & tot annorum profeſſorio munere, ejus meritorum fama *Caroli II.* Hiſpaniarum Regis implevit aures, qui conſultante Regio Caſtellæ Senatu, elegit eum Præſidem Regalis Senatus Divæ *Claræ* apud Neapolitanos; quò cum profectus eſſet anno 1689. vixit ibi aliquot annos magnâ apud homines famâ egregiæ juſtitiæ, æquitatis, integritatis. Juriſprudentiæ amorem conſervavit ſemper: nam exercitationibus legalibus, frequens aderat magnâ voluptate. Neapoli permanſit quadriennium, ut mihi per literas narravit *Joſephus Bermudezius*, vir doctiſſimus, & ſummus amicus meus, qui doctrinam ſuam declarabit propediem in eleganti *Tractatu* Hiſpane ſcripto *De Metatis, & Epidemeticis.* Idem confirmare videtur *Philippus Bulipho*, priſcæ probitatis, ac ſapientiæ vir, & amicus meus ſingularis, qui mihi ſcripſit, ſe Doctoris inſignia accepiſſe Neapoli anno 1694. præſente *Felice Lancina & Ulloa*, qui tunc temporis erat ejus Senatûs Præſes. Unde liquet noſtrum illo tempore jam fuiſſe functum officio ſuo. Sed quidquid ſit de tempore quo Neapoli fuit *Puga* noſter, certe ibi vixit, donec *Carolus II.* creavit eum Supremi Italiæ Senatûs Conſiliarum. Sed ò vanas ſpes, cogitationeſque mortalium! Cum jam rediret in Hiſpaniam, opreſſus morbo neſcio quo, pie, ut Catholicum decebat, in mari deceſſit, delatuſque [uti audivi olim Salmanticæ] Alicantium, ubi magna frequentia, & dolore ſepultus dicitur. Quanquam Ego cum diligentius id perquiſierim, & mortuorum Catalogos evolvi juſſerim, præter illam antiquam multorum opinionem, nihil certi comperi. Certè cum eſſet morti proximus familiari cuidam ſua Scripta legavit, qui poſtea quædam incautè commodando, recuperare aliqua non potuit; reliqua vendidit Salmanticenſi cuidam Doctori, hic autem [cum ego eſſem Salmanticæ] Collegio, quod *Archiepiſcopi* ſolent nominare, quia *Divo Jacobo* conſecratum fuit ab Illuſtriſſimo Archiepiſcopo *Alfonſo de Fonſeca & Azevedo.* Si ſciviſſem Ego Autographa illa [quæ erant circiter decem] vendenda fore, non aureis viginti, ut tunc ſed majori pretio emiſſet Collegium, me licitante. Sed bonum factum, quòd ibi ſunt aliquot Autographa [nam reliqua, aut perierunt, aut diſtracta ſunt] ubi diligenter cuſtodiuntur.

Supereſt nunc, ut dicamus, quantâ diligentiâ hi *Tractatus* elaborati ſint, & quænam eorum ſit utilitas. Ipſe *Puga* confitetur, ſummos ſe labores impendiſſe hiſce *Tractatibus* ſcribendis. [o] Et vix aliter evenire poterat, cum & utilia ſemper argumenta ſuſciperet, & utiliter pertractaret. Audiamus ipſum. [p] *In ſupervacuis diligentiam affectare, ſeu inter irrita ingenium exercere, & nihil pro futuris Diſputationibus otium peragere, ſi turpe cuiquam foret; mihi ſane turpiſſimum, qui nihil antiquius duxi, quam profectum veſtrum, ſectatores nobiliſſimi, promovere, & ex eo unice gloriam captare.* Et profectò argumentorum quæ pertractavit copia ſatis arguit, legiſſe illum diligenter, non ſolum claſſicos Interpretes, qui de argumentis illis publicaſſent aliquid, ſed & ſedulò excuſſiſſe Anteceſſorum Salmanticenſium manuſcripta, quorum ipſe erat ſtudioſiſſimus, & maximam habebat copiam, ut ex allegationibus innumeris manifeſtè colligitur.

(o) *Tract.* 13. *c. ult. n. ult. Tract.* 14. *c.* 3. *n. ult. Tract.* 17. *c.* 3. *n.* 1. *Tract.* 19. *c. ult. n. ult. Tract.* 20. *in Proœm.* (p) *Tract. ult. in Proœm.*

tur. Qui *Joannis Pugæ* habuerit ſcripta, is animo ſuo reputet, gaudeatque, habere ſe optima Salmanticenſium *Dictata*. Quæ tamen ille non impudenter, ut quamplurimi ſolent, in *Tractatus* ſuos transferebat ad litteram, ſed ſuo adhibito judicio, novoque ordine. Nimirum ille exiſtimabat (q) *ab aliis rectè dicta ſine fructu tranſcribi*. Idcircò ait (r) *quos* (id eſt textus) *ideo exponere ſuperſedeo; ſcribere enim, non tranſcribere duxi*. Et alibi: (ſ) *Ab aliis recte diſcuſſa tranſcribere, nec moris, nec inſtituti noſtri eſt*. In eandem ſententiam ait: (t) *Sed cum ſcribere, non tranſcribere moris ſit noſtri, ut tot a nobis editæ, magnoque ſupra meritum audientium plauſu exceptæ (haud ignota loquor) novæ Tractationes teſtantur*. Ubi obiter adnotandum eſt, *novas Tractationes* appellare *Pugam* argumenta illa, quæ ejus Anteceſſores ex profeſſo pertractanda non ſuſceperunt. (u) Denique ignaviſſimos fucos reprehendens, qui aut labores alienos ſibi arrogant, aut ſolâ adhibitâ novâ diſpoſitione, ut ſuos venditant, ait. [x] *Hunc ſcribendi modum quibuſdam gratum non minus quam familiarem, nec Salmanticis Præceptoribus dignum, nec vobis, exceptores nobiliſſimi, proficuum exiſtimamus*. Cum ille igitur ſuorum Anteceſſorum ſcripta non compilaret, ſed aut ſuum judicium adhibere ſoleret, aut novam ſaltem methodum, prout res exigeret; inde nata ei veluti ſolemnis illa formula: *Sic docet, licet non ita explicet* (exempli gratiâ) *Cujacius*. Quæ formula, licet arguat quantum ille in ſuis explicationibus adamaret ſe; eodem tempore probat ejuſdem diligentiam, quæ porro tanta erat, tamque moroſa, ut videatur ille in æſtivis vacationibus non potuiſſe finire *Tractatum*, quem anno litterario proximo dictaturus eſſet. Alioqui, ſi jam abſolviſſet, cum inciperet dictare, in una eademque Diſputatione non retractaſſet ſe, uti ſæpè fecit. (y) Præterea id manifeſtè colligitur ex *Tract.* 14. *cap.* 3. *num. ult.* cujus poſtrema verba ſunt hæc. *Nec plura jam occurrunt circa juſtos titulos, ex quibus procedit uſucapio. Nec ſi occurrerent, feriæ proſequi ſinerent. Quæ calamum ſiſtere, & intermittere potius, quam omittere tractationem noſtram jure compellunt. Scripta legite Sectatores præclari, dum utilitati veſtræ deſerviens, duo quæ ſuperſunt capita parare, & explicare anxius ſtudeo.*

Quicumque attentè legerit *Jonnis Pugæ* Opera, facilè animadvertet ſummum ejus erga veritatem amorem. Sanè ingenuè ac generosè ita ſcripſit. (z) *Nec me pudet, neque pudebit unquam Papiniani exemplo in l. 6. §. 1. cum l. ſeq. de ſerv. export. ſi qui forſan errores exciderint, veritate compertâ retractare*. Videtur mihi mihi magnus ille vir *Jacobi Cujacii* ſummi viri vocem exaudiſſe, qui Juris Interpretes ita feriò, ut tantum virum decuit, admonebat. [a] *Utinam qui hoc tempore Juſtinianum interpretantur, Papinianum imitati, quæ vel falsò, vel ineptè aliquandò & ſenſerint, & ſcripſerint ingenuè retractent; nec in eis contra quæ poſteà reſciverint, tam obſtinato, tamque obfirmato animo, uti faciunt, perſeverent*. Quoquo autem modo ſe alii gerant, veritatis amorem ſæpè *Puga* noſter comprobavit *Retractationibus* ſuis, quas hic adnotare operæ pretium eſt.

Quæ ille ſcripſit *Tract.* 12. *cap.* 1. *num.* 29. retractavit *Tract.* 16. *cap.* 1. *num.* 22. Quæ *in d. Tract.* 12. *cap.* 1. *num.* 94. retractavit *Tract.* 15. *cap.* 1. *num.* 8. A ſententia quam docuit *Tract.* 13. *cap.* 1. *num.* 10. receſſit, *Tract.* 17. *cap.* 1. *num.* 20, Ab opinione quam propugnavit. *Tract.* 18. *cap.* 2. *num.* 32. diſceſſit

(q) *Tract.* 14. *cap.* 4. *num. ult.* (r) *Tract.* 11. *num. ult.* (ſ) *Tract.* 17. *cap.* 1. *n.* 10. *Adde etiam cap.* 2. *n.* 12. (t) *Tract.* 20. *in Proœm.* (u) *Tract.* 15, 16, 18, 21, & 22. *in Proœmiis.* (x) *Tract.* 21. *in Proœm.* (y) *Tract.* 19. *cap.* 4. *n.* 29. *Tract.* 20. *cap.* 4. *num.* 10. (z) *Tract.* 19. *cap.* 4. *num.* 29. (a) 2. *obſerv. c.* 37.

diſceſſit *Tract.* 19. *cap.* 3. *num.* 23. Quæ docuit *Tract.* 19. *cap.* 1. *num.* 33. retractavit eod. *Tract. cap.* 4. *num.* 29. Quæ in eodem *cap.* 4. *num.* 19. retractavit *Tract.* 20. *cap.* 2. *num.* 34. Quæ aſſeruit *Tract.* 20. *cap.* 2. *num.* 22. indicta voluit *eod. Tract. cap.* 4. *num.* 10.

Neque hæc fuit inconſtantia, ſed conſtantiſſimus veritatis amor. Non poterat *Puga* ſe major eſſe, niſi ſua retractando. *Non eſt levitas* [aiebat Seneca] [b] *a cognito & damnato errore diſcedere, & ingenuè fatendum eſt, aliud putavi, deceptus ſum. Hæc verò ſuperbæ ſtultitiæ perſeverantia eſt, quod ſemel dixi, qualecumque eſt, fixum ratumque ſit.* Scripſit *Puga* adoleſcens, juvenis, vir, ſenex, quibus ætatibus accreſcente in dies judicio, & eruditione, par ſibi ſemper eſſe non potuit. Nihil proficit qui meliora in dies non diſcit: & licet eadem quis ſemper ſciret, eodem modo, animo atque memoriâ aliter atque aliter affectis.

Qui ſententias ſuas expendebat ita, facilè poteſt colligi, quo pacto alienas expenderet. Tamen ingenium ſuum fortaſsè nimis adamabat. Nimirum homo verſatiſſimus in ſtudio, in meditando exercitaſſimus, excogitabat multa quæ ſibi videbantur ab aliis indicta eſſe; cumque mentis partus formoſiſſimi omnium apparere ſoleant, mirum in modum in eis placebat ſibi. Hinc adeò ſolemne jucundumque ei fuit verbum illud *Noviter*. Quanquam ego cum venia tanti viri dicam, multa eum ut nova venditaſſe, quæ conſiderare debuerat, adeò veritati eſſe conformia, & litterali ſenſui congruentia, ut exiſtimare deberet, a pleriſque ſcripta, atque deſcripta fuiſſe. Quod plurimis exemplis demonſtrare poſſem. Verùm nihil eſt frequentius, quam ut ii qui multa legunt, plura eſſe propria putent, quæ ſe legiſſe aliquando, non meminerint. Qua parte *Puga* excuſationem habet. Præterea ille aliqua dixit eſſe nova, quæ licèt talia fatear, fuiſſet ſatius docuiſſe vetera. Certè Ego quicquid ille novum appellavit, aut memini me legiſſe alibi, aut ſemper habui ſuſpectum. Quod ideò moneo, ne viri ingenioſi nimis indulgeant ſibi. Idcircò Ego, quoties aliqua interpretatio mihi venit in mentem, quam non memini legiſſe eam, quantum poſſum ad veritatis obruſſam exigo, ne fortè aurichalcum pro auro vendam turpiter, & raRò audeo dicere, aliquid ab aliis indictum fuiſſe.

Ad teſtimonia Juris quod attinet, magnâ in iis religione verſabatur noſter prudentiſſimus interpres, potiuſque ingenium exercere in interpretandis legibus, quam in emendandis volebat. Itaque verba faciens de quadam ab *Ant. Fabro* excogitata lectione dixit. [c] *Quæ lectio, licèt optimum includat ſenſum, peccat in emendationis vitium, quod, ſi poſſibile eſt, ſemper ut nefas fugiendum eſt.* Ideò etiam ait. [d] *Leviter præter morem ſub Doctorum cenſura emendare audeo Ulpiani fragmentum tit. de ſtatu liberis* §. *ſtatu liber* 2. Sed cum in *Jacobi Cujacii* viri doctiſſimi libris verſatiſſimus eſſet, animadvertere debuerat, in ejus *Notis poſterioribus ad Ulpiani fragmenta* illam emendationem reperiri; quas ſi ipſe non habebat, cum fortè careret *Caroli Hannibalis Fabroti* editione omnium principe, legere ſaltem potuerat librum 13. *obſerv. cap.* 16. ubi textus ille eodem modo emendatus legitur. Sed in his non ſunt poſitæ opes Græciæ. Hanc indiligentiam ejus æquo animo feramus, laudemuſque ejuſdem modeſtiam in antiquorum reliquiis pertractandis. Contra quam faciunt plurimi recentes Scriptores, quibus illud optimè quadrat. *Quot emendationes, tot corruptiones.* Non equidem laudo plerorumque Hiſpanorum ſuperſtitionem, qui nullum Juris Civilis textum emendari volunt: ſed minimè probare poſſum multorum audaciam exterorum,

(b) 4. *De Benefic. cap.* 38. (c) *Tract.* 3. *c.* 1. *n.* 6. (d) *Tract.* 14 *c.* 4. *n.* 14.

terorum, qui quæcumque non intelligunt, aut, quæ ut ipſi vellent, ſcripta non ſunt, temerè mutant, atque pervertunt. Nimirum ſunt quamplurimi qui exiſtimant legum literalem ſenſum jam eſſe occupatum, & in legibus interpretandis futura otioſa ingenia ſua, quaſi levis operæ ſit, in tanta opinionum varietate optima ſeligere, aut veteribus ſcriptis, aliquando ob nimiam brevitatem, aut argumenti ſubtilitatem, vel ob alias cauſas, obſcuriſſimis, lucem aliquam afferre, expoſito clarè genuino ſenſu. Cum autem Critices campus latiſſimè pateat, in eo ſe exercent libentiſſimé, non animadvertentes profectò, critices etiam eſſe criticen, & emendationum fructum eſſe plerumque ignorantiæ, & temeritatis opinionem. Neque tamen ideò nego, paucos aliquos egregios viros noſtris temporibus aliqua corrupta loca reſtituiſſe feliciter. Hoc tantum dico, tutius eſſe plerumque ſequi textum, quam ab eo recedere. Experientia nos docet, *Jacobum Cujacium*, *Franciſcum Hotomanum*, *Antonium Fabrum*, triumviros illos Juriſprudentiæ reſtituendæ, eam alioqui bona ex parte corrupiſſe, dum ſanare tentabant. Quod ſi tantis viris hoc contigit; quid futurum eſt ceteris? In eo etiam maximè *Puga* noſter laudandus eſt, quod cum poſſet ingenioſus videri in aliorum opinationibus refutandis, id quantum potuit, vitavit: quod ipſe de ſe non ſemel prædicat. (e) In quo inter ceteros imitatus eſt noſtrum *Ant. Goveanum* qui *initio libri* I. *de Juriſdictione adverſus Eguinarium Baronem* ita ſcripſit. *Otio te valdè abundare, non dicam abuti, intellexi, qui ab Accurſio ordiens omnium qui quæſtionem hanc, vel explicavimus, vel attigimus, opiniones confutes.* Ego in ea ſententia ſum, ſcribentem debere ſcire, quid alii de propoſito argumento, ſive verè, ſive falsò ſcripſerint, atque veritatem ita debere exponere, ut ipsâ ſuâ luce, veluti Sol, falſitatis tenebras diſſipet, diſpellat.

Inimicus erat *Joannes Puga* prolixitatis verboſæ. Idcircò ait. (f) *Luxuriantem & inutilem verborum copiam effugere, nec multis pauca, ſed paucis multa complecti aſſuefactus.* Et alibi (g) *Antonii Fabri* prolixitatem reprehendit. Nec immeritò. De *Fabro* ſoleo dicere, eum non ſcripſiſſe tantum, quantum aliqui putant.

In ſcriptis ſuis paſſim oſtendit *Joannes Puga* quantum ipſe veneraretur Anteceſſores ſuos, Claſſicos Interpretes, & Amicos doctos, quorum honorificentiſſimam mentionem, quoties tulit occaſio, fecit, præcipuè eorum, a quibus aliquid didicit, judicans cum *Plinio* (h) *eſſe benignum & plenum ingenui pudoris fateri per quos profeceris.* Certè debemus ſcire, quid ſcripſerint Salmanticenſes quamplurimi, quorum opera æquum eſſet, ne *Eucliones* aliqui occultarent. Ego quidem in animum induxi *Joannis Altamirani* doctiſſimi viri *Commentarios ad Q. Cervidii Scævolæ tredecim priores quæſtionum libros* ubi primum per occupationes meas licebit, publici juris facere.

Eo etiam nomine maximè commendari debet *Joannis Pugę* modeſtia, quòd ipſe cognoſceret ſe: licèt enim optimè ſciret, quantum ingenio valeret; tamen conſiderans, ſe eruditionis præſidio deſtitutum, ſuſcepit ſemper argumenta purè legalia, in quibus ingenium ſuum laudabiliter exercere poſſet. Itaque prudentius ſe geſſit, quam multi ſolent, qui ſe putant eruditos, ſi eruditos deſcribant: quaſi *Titiano*, aut *Riberæ* noſtro par eſſe poſſit, quicumque

a tabulis

(e) *Tract.* 13. *c.* 2. *n.* 3. *Tract.* 16. *c.* 2. *n.* 16. (f) *Tract. ult. in Proœm.* (g) *Tract.* 2. *c.* 1. *n.* 24. (h) *In Nat. Hiſt. Præf.*

a tabulis eorum imaginem aliquam expingere conetur. Denique, ut abſolvam judicium de his Operibus, eorum ſtilus ſatis elegans eſt: ſcilicet, qualis eſſe poterat viri, qui leviter guſtaverat humaniores litteras. Ad hæc, perſpicuus eſt, & populari captui accomodatus. Si quis autem a me quærat, utri meliores *Tractatus*, *Privati* ne, *an Publici?* Sine hæſitatione dixerim, *Publicos*, in quibus eſt copia major, & judicium ſubactius. In utriuſque tamen ſe diligentiſſimum doctiſſimumque oſtendit, talemque virum prodidit, ut ſi temporibus heroicis vixiſſet, hic qui reverà habuit Juriſperitiſſimum patrem, Juriſprudentiæ, aut Themidis filius fuiſſet habitus.

Quæ cum ita ſint, hi *Tractatus* utiliſſimi ſunt, non ſolum lytis prolytiſque; ſed ſcribentibus etiam. Illis, quia argumenta ſolide, & cum methodo pertractata ſunt; his quia rerum copia multiplex eſt, & auctoris ingenium penetrantiſſimum. Denique univerſum Opus eſt ejuſmodi, ut ex eo magnum ornamentum Juriſprudentiæ acceſſurum ſit.

Nemo igitur mirabitur, cur *Tractatus* iſtos publici Juris faciam; imo potius mirabitur, cur non antea ſint editi; præſertim cum in omnibus Hiſpaniæ Academiis tanto in pretio habeantur, ut nullum nomen frequentius, quam *Pugæ* laudetur; & magnum aliquem Theſaurum ſe habere credant, qui ejus unum, aut alterum *Tractatum* habent. Dicam tamen unde mihi natum conſilium hujus Operis publicandi, quæque occaſio contigerit per quam id exequi poſſem.

Quartò decimò Kalendas Novembris anni 1719. Patriâ meâ Olivâ profectus fui Salmanticam; quam urbem ingreſſus fui nonò Kalendas Novembris. Ibi cum Ego conſilium caperem de ſtudio meo inſtituendo, cum Academias privatas non liberet frequentare, quia Elementa Juris jam didiceram *adhibitis Commentariis Arnoldi Vinnii*, Regulas Juris jam percurreram *duce Jacobo Gothofredo*, Juris Civilis Origines à *Gravina* hauſeram; in diſputationibus autem publicis me non poteram exercere, quia ſolum triennium Juriſprudentiæ operam impenderam; erat autem neceſſarium quinquennium ad primas Juris Laureolas obtinendas; quibus non acceptis in publicum nemo prodire poteſt, domi me continebam amœniorum litterarum dulcedine, tanquam Sirenum cantu delinitus. Biennium tranſiit, meque vir clariſſimus *Paſchaſius Majanſius* Pater meus dulciſſimus cœpit revocare domum; ego moras nectere, tanquam ille qui mihi conſcius eſſem, inveniendum eſſe minus habentem, quam vulgaris fama de me Valentiæ prædicabat. Tum demum ſtatui Bibliothecas excutere, optimos libros emere, illos evolvere, ſtilum exercere. Sæpiſſimè audieram doctiſſimos eſſe *Joannis Pugæ Tractatus*. Id mihi confirmarunt duo viri doctiſſimi, Valentini ambo, mihique amiciſſimi *Joſephus Borrullius* Primarius legum Anteceſſor, nunc Senator Granatenſis, cujus ego *Commentatium De lege Falcidia* ſanè quàm doctum, ut ſunt ejus omnia, eo dictante è Cathedra, excepi; & *Mathias Chafreonius* Primarius nunc Anteceſſor Canonum in Salmanticenſi Schola. [i] Horum auctoritate permotus, *Amanuenſem* conduxi, qui omnium qui Salmanticæ erant, & legere melius, & litteras ſciret elegantius pingere. Quæſivi diligenter quinam *Pugæ Tractatus* genuini eſſent? Quinam haberent autographa, quæ inveniri poſſent? Apud quos eſſent reliqui *Tractatus* emendatiores? Quorum Dominos adiens ab eorum humanitate impetravi facilé, & *Amanuenſi* deſcribendos tradidi. Ita factum eſt,

[i] *Et poſthac ſcripta, & cum epiſtolis meis evulgata, in Curia Granatenſi Fiſci Patronus.*

eſt, ut ſpatio novem menſium, aut paulo minori collegerim omnes. Quo tempore elapſo, ecce nuncius advenit quo fui factus certior de propè conclamata vita Matris meæ ac Dominæ *Mariæ Siſcaris*, quam ſi vellem vivam videre, ſcripſit Pater mihi properandum eſſe. E veſtigio rhedam conſcendi, & advolavi oſculatum dilectiſſimæ matris manus, quâ nihil in hac vita mihi charius eſt, tum ob arctiſſimum naturæ vinculum, tum quia nihil eſt quod non debeam ejus in me amori, eximiiſque virtutibus, quas prædicare vellem, *materiâ vires exſuperante meas.* Sed illius vetat admirabilis modeſtia, quam offendere non audeo. Illa, ubi me vidit [ita Deo optimo maximo viſum eſt] convaleſcere cœpit, brevique tempore recuperavit ſalutem ſuam. Interea ego per per quadrimeſtre omnes *Pugę Tractatus* legi, & ut elaborare aſſueſcerem, aliquos eorum in uſum accomodavi meum, ſingulis in textibus claſſicos conſulens Interpretes, multa ex iis decerpens meo utens judicio, & novam addens diſpoſitionem. Cujus diligentiæ volui poſteà aliquod extare monumentum in iis Diſputationibus quas inſcripſi, alteram *De prohibito concurſu lucrativarum cauſarum*; alteram *De ſervo pignori dato manumiſſo.* Quas Diſputationes ideò publicavi, ut, collatis iis cum *Pugæ Tractatibus* ad eadem argumenta pertinenribus, animadvertere noſtrates poſſent, quid ego in meis præſtitiſſem; nec mihi in argumentis reliquis, de quibus ille nec verbum fecit, fraudi eſſet familiaris illa brevitas, quam Jureconſulti veteres tantoperè adamarunt, quæque mihi eſt in deliciis. Verùm fabulam narravi ſurdis. Noſtratum enim plerique illud videntur ignorare, magnum librum magnum malum, ſenſuque potius, quam mente judicantes, non alios libros magni faciunt, niſi qui Bibliothecas onerant, & magnitudine ſua a legendo exterrent. Sed mittamus homines communi ſenſu carentes. Exinde Opera *Joannis Pugæ* mihi placere cœperunt; & eorum publicandorum conſilium cepi. Quod cum aliquibus librariis communicaſſem, nemo auſus fuit publicandi negotium in ſe ſuſcipere. Sed, Deo volente, contigit, ut menſe Decembri anni præteriti 1730. per hanc Urbem tranſiret *Rochus Deville*, adoleſcens probus, rectique judicii, quem *Nicolaus Deville* ejus pater in Hiſpaniam miſerat, ſuorum causâ negotiorum. Is igitur convenit me, rogavitque ut dicerem, quid exiſtimarem ego edi poſſe, quod è Republica eſſet litteraria? Multa inquam. Sed ante omnia *Joannis Pugæ* Opera, quæ tunc ego, quantum potui, prædicavi. Ille vero ſtatim, optata, inquit, loqueris, & ut dici ſolet, currentem incitas: nam nuper Salmanticæ, cum per eam Urbem tranſirem, tanti viri laudibus excitatus doctis quibuſdam viris delegavi, ut Opera iſthæc colligerent, & diligentiſſimè curarent deſcribi meis ſumptibus, ut publici juris facerem. Quare, ſi quod eſt efficiendum, tu perfectum das; in portu navigamus. Ergò nihil cunctatus adoleſcens cupidiſſimus rei litterariæ promovendæ in ſe ſuſcepit editionem. Ego in me recepi *Tractatus* omnes intra quadrimeſtre, aut paulo plus temporis recognoſcere, copioſiſſimos rerum, ac legum Indices conficere, Auctoris vitam conſcribere, & omnia hæc ei dono dare, eâ ſolâ lege, ut publici Juris faceret. Approbavit ille, laudavitque maximè conditiones omnes. Ego ſtatim in id animum intendi, ut quanto celerius poſſem, fidem meam liberarem. Dicam tamen ingenuè quid mihi contigerit.

Nunquam Ego cogitare potui quantum humeris meis impoſuiſſem onus. Fuit ſine dubio grave, atque moleſtum ſupra quam credi poteſt. Sciunt omnes Amanuenſium mores, præſertim eorum qui ſuas Operas locant. Fermè ſolent non intelligere quæ legunt, errata omnia tranſcribunt, antiquis adjiciunt nova,

vel quia vocabula aliqua neſciunt legere, vel quia litterarum affinitate decipiuntur, vel quia per immemoriam ſubjiciunt ſimilis ſoni vocem. Quando vocabulum aliquod intra paucos verſus repetitum eſt, fortè non animadvertunt ubi deſierunt legere, & conjicientes oculos in repetitum vocabulum, omnia media prætereunt: idque frequentiſſimè contingit. Præterea Gloſſas marginales contextui adjiciunt, & ut Gloſſas reſpuunt, quæ ad contextum pertinent. In legum numeris labuntur paſſim; notas vix intelligunt; Ortographiam aut ignorant, aut negligunt. Denique (quod omnium eſt peſſimum] etiamſi cognoſcant ſe in aliquibus lapſos, ea nolunt emendare, ne lituris ſcriptura deformetur, & iis animadverſis, ipſorum negligentia reprehendatur. Itaque eorum errata ſero animadverti ſolent, cum res integra non eſt, & fortaſsè jam remedio caret. Amanuenſis meus Medicus erat. Sed in iis deſcribendis, ut ſolet ea gens, carnificinam exercuit. Superiores illas virtutes, & plures alias, quarum non memini, habebat. Quamobrem, ut hos *Tractatus* emacularem, neceſſe fuit, mille tollere emblemata, todidem omiſſas ſententias ſupplere, immutata corrigere, Ortographiam emendare, & *Pugam Pugæ* reſtituere.

Hei mihi qualis erat! quantum mutatus ab illo?
Quoties ego *Joannem Pugam* compellans exclamavi:
Quis tam crudeles optavit ſumere pœnas?
Cui tantum de te licuit?

Multi erant *Tractatus*, in quorum ſingulis erant pluſquam quingenta errata. Unde conjectari licebit, quantum mihi laborandum fuerit, ut Opera hæc, quantum fieri poſſet, reſtituerentur ſuo priſtino ſtatui. Emendandis libris magno adjumento eſſe ſolet exemplorum collatio. Valentiæ ſunt rariſſima, Itaque ad conjecturas confugiendum fuit. Denique tantum negotii exhibuit mihi horum Operum recognitio, ut multo minore dictaſſem totidem *Tractatus*. Quod planè confitentur qui quæ feci, viderunt, meque ex tempore dictantem aliquando audivere. Neque tamen audebo dicere nihil inemendatum relictum. Tanrum opto ut animadvertatur quid feci, ut mihi diſſimuletur, ſi quid omiſi: quæ ne milleſima quidem erit pars eorum quæ præſtiti. Adde hæc in horis ſubciſivis facta fuiſſe. Singulis diebus profeſſorio muneri ſatisfacere debui; dictavi è Cathedra diſputationem annuam; explicavi ex ea duos priores Inſtitutionum libros; domi quatuor integros. Abſentium litteræ interpellarunt me pluſquam ſolent. Amicorum officia ſibi multum temporis vindicarunt. Facilem Scholaſticis aditum negavi nunquam. Igitur cum poteram vacare à negotiis meis, hos *Tractatus* legebam. Nec pluries quam ſemel legere potui: qua ſola vice, intentus eſſe debebam tollendis erratis; Rerum ac Legum conficiendis Indicibus; denique adnotandis iis quæ ad ſcribendam vitam *Joannis Pugæ* pertinere poſſent, nam ob remotam memoriam Viri jam diu defuncti, adeo incerta & confuſa narrabantur, ut litteris ea mandari non deberent, & ab ipſius ſcriptis hæ qualeſcumque notitiæ excerpendæ fuerunt, & in unum colligendæ. Quæ hoc ſaltem habebunt, ut mereantur fidem. Si cum Salmanticæ fui, cogitaſſem de his Operibus aliquando edendis, procul dubio nunc addidiſſem multa. Sed hoc me conſolor, quod tanti Viri memoriæ nulla ex parte defui. Quod ſi aliqua omiſi, à te, mi Lector, & à quocumque admonitus; quæ cum judicio animadverteris, repetitâ editione libenter addam, ſi mihi Deus otium fecerit.

ſecerit. Vellem ſanè ut ita res contigiſſent, ut Valentiæ hæc editio curari poſſet. Sic me erga *Joannem Pugam* geſſiſſem, uti *Carolus Annibal Fabrotus* in *Jac. Cujacium*. Spero tamen *Fratres Deville* eam diligentiam adhibituros, ut mea in opere accurando minimè deſideretur, & à me præſtita hactenus tibi grata ſit.

Quod attinet ad Titulum horum Operum, *Joannes Puga* pro arbitrio ſingulis *Tractatibus* diverſum ab aliis titulum præfigere ſolebat. Nam, ut plures alias inſcriptiones omittam, has ego frequentiores adnotavi. *Methodicus Commentarius. Obſervatio Academica. Apparatus Academicus. Expoſitio. Tractatus Academicus.* Unus Titulus ex iis deligendus fuit. Elegi poſtremum, ſecutus exemplum judiciumque eruditiſſimi Viri *Arnoldi Vinnii*. Quanquam enim *Joannes Puga* hos omnes *Tractatus in Academia* non dictaverit; tamen omnes ſcripſit *Academico more*.

Illud admonendum puto, me ſolum intendiſſe Amanuenſis errata tollere, & ab eo omiſſa ſupplere; non verò adnotare *Joannis Pugæ* lapſus: quod facili negotio potuiſſem. Sed cogitare debui, me ejus Operum editorem, non auctorem eſſe. Et plurimi eſſent qui perſuaderent ſibi, me mei potius cauſâ, quam illius hæc ſcripta edere. Minimè dubito, quin ille,

Si foret hoc noſtrum fato delatus in ævum,
Detereret ſibi multa, recideret omne quod ultra
Perfectum traheretur.

Sed quoniam Deo optimo maximo aliter viſum fuit, parcere debes ſepulto.

Quoque magis faveas, non ſunt hæc edita ab illo;
Sed quaſi de domini funere rapta ſui.
Quidquid in his igitur vitii TRACTATUS *habebit,*
Emendaturus, ſi licuiſſet, erat.

Quid dicendum reſtat? Puto nihil, niſi ut cum *Phædro* dicam.

Induxi Te ad legendum: ſincerum mihi
Candore noto reddas judicium peto.

FRATRES

FRATRES DEVILLE
LECTORI.

NON abs re erit, ut putamus, rationem dare cur hocce in opere typis mandando tandiù fuerimus commorati; & quidem plures adſunt: præter namquè difficultatem inſolitorum apud nos characterum, quæis codex erat exaratus, frequentes ſeſe obtulere verborum contractiones, quæ tantam habebant obſcuritatem, ut ad ipſummet codicem de novo exſcribendum fuerimus impulſi: huic moræ acceſſit & altera non minor, eorum nempè negligentia, qui codici tranſcribendo inſtiterunt, quæ quidem non aliundè veniebat, quàm è nimia difficultate, quæ in codice primigenio aderat. Ut ut hæc ſunt, felicem res exitum habet. Verùm cum metuendum videatur, ne quædam in hanc editionem irrepſerint mendæ, eruditos rogamus, ut de iis non renuant nos commonere; quod ſi fecerint, multum de eis merebimur.

DATA commorationis noſtræ ratione, indulgeat nobis, ſi juvat, illuſtriſſimus Doctor *Mayans*, cui totus debetur honos, quod hoſce Tractatus Academicos Juriſperitis & Studioſis adeò neceſſarios eduxerit è tenebris: diu, diu vivat ſanus ille, ſcituſve Criticus, & in Orbe Litterario præcipuus, quippè qui opera ſua nunquam interitura non modò in lucem emittit, verùm etiam qui & multa alia oblivioni tradita ſuſcitat, Litterariamque iis Rempublicam exornat.

Inſignis MAYANS *Hiſpanæ gloria gentis,*
Jam jam floreſcit nomen ubique tuum;
Sic ſcriptis, virtute places; ſic Cenſor amaris,
Ut te perpetuus jure decoret honos.

ORDO

INDEX
TRACTATUUM ET CAPITUM
QUÆ IN PRIMO TOMO CONTINENTUR.

TRACTATUS PRIMUS. *De legato debiti creditori relicto.* pag. 1

CAPUT I. *De legato debiti à debitore creditori relicto, nec non omnes caſus in quibus utile ſit.* p. 1

CAPUT II. *De legato debiti ab extraneo creditori relicto.* p. 14

CAPUT III. *De legato à debitore relicto creditori animo compenſandi debitum.* p. 20

TRACTATUS II. *De falſis demonſtrationibus & cauſis legatis adjectis, & ad tit. Cod. de falſa cauſa adjecta legato vel fidei-commiſſo.* p. 20

CAPUT I. *De falſis demonſtrationibus.* p. 26

CAPUT II. *De ſupervacuis demonſtrationibus adjectis inſtitutionibus, legatis & fidei-commiſſis.* p. 47

CAPUT III. *De falſis inſtitutionibus legatis & fidei-commiſſis adjectis.* p. 50

TRACTATUS III. *Ad titul. ff. de Die in diem addictione.* p. 57

CAPUT I. *De modo facienda ſeu concipienda addictionis in diem, & utrùm emptio & venditio cui ineſt pactum addictionis in diem, ſit pura an conditionalis.* ibid.

CAPUT II. *Quæ requirantur ut melior conditio allata cenſeatur, & an meliore conditione allatâ reſolvatur præcisè prior emptio.* pag. 61

CAPUT III. *De effectibus reſolutionis quæ inducuntur ipſo jure ex vi pacti addictionis exiſtente conditione.* p. 66

TRACTATUS IV. *Ad titul. ff. de lege commiſſoria.* pag. 87

CAPUT I. *Quæ requirantur, ut lex commiſſoria vires exerceat.* ibid.

CAPUT

CAPUT II. *De effectibus venditionis ſub lege commiſſoria contractæ, & reſolutionis vi hujus Pacti contingentis.* p. 101
CAPUT III. *De lege commiſſoria in pignoribus.* p. 107

TRACTATUS V. *De rei alienæ pignore, ſeu ad titul. Cod. ſi res aliena pignori data ſit.* p. 110
CAPUT I. *De inutilitate rei alienæ pignoris,* ibid.
CAPUT II. *De convaleſcentia pignoris rei alienæ ex cauſa acquiſiti dominii à debitore pro explicat. leg. 5. hujus tituli vel ex cauſa ratihabitionis dominii.* p. 130
CAPUT III. *Caſus in quibus rei alienæ pignus ſubſiſtit.* p. 136

TRACTUS VI. *De diſpoſitione in incertam perſonam collata, ſive ad §. incertis 25. inſtit. de legat. & ad tit. Cod. de incertis perſonis.* p. 140
CAPUT I. *De diſpoſitione in incertam perſonam collata.* ibid.
CAPUT II. *De legato incertæ perſonæ relicto.* p. 141
CAPUT III. *De fidei-commiſſo incertæ perſonæ relicto.* p. 148
CAPUT IV. *De inſtitutione incertæ perſonæ relicta.* p. 154
CAPUT V. *De libertate incertis perſonis relicta.* p. 157
CAPUT VI. *De tutore incerto.* p. 159
CAPUT VII. *An legata vel fidei-commiſſa relicta incertis perſonis ex certis valeant.* p. 161
CAPUT VIII. *An legata vel fidei-commiſſa incertis perſonis relicta, ſi ſoluta fuerint per errorem, repeti poſſint, vel non.* pag. 166.

TRACTATUS VII. *Ad titul. Cod. de ſervo pignori dato manumiſſo.* p. 170
CAPUT I. *De ſervo ſpeciali pignore, vel hipotheca expreſſa ſeu tacita affecto à debitore manumiſſo.* ibid.
CAPUT II. *De ſervi generali pignori obligati manumiſſione.* p. 184
CAPUT III. *Exponuntur textus aliqui noſtri tituli.* p. 185

TRACTATUS VIII. *In leg. ſi fidei mea 28. de legat. 3.* pag. 189

TRACTATUS IX. *Ad titul. ff. & Cod. quod eum eo qui in aliena poteſtate eſt, negotium geſtum eſſe dicitur.* p. 195

CAPUT

CAPUT I. *Hujus Edicti conſtitutio refertur, ejus ratio illuſtratur, quibuſque ex eo deſcendens exceptio competat.* ibid.

CAPUT II. *In quo quid hujus exceptionis beneficium contineat, & de ejus viribus agitur.* p. 214

CAPUT III. *In quo circa quæ cauſæ cognitio quam noſtrum exigit Edictum, inveſtigatur, caſuſque omnes quibus hæc exceptio novo Patri-Familias denegatur.* p. 220

TRACTATUS X. *De modis inſtituendi ad §. hæres 9. inſtit. de hæredibus inſtituendis.* p. 231

TRACTUS XI. *De prohibito concurſu cauſarum lucrativarum*, ſivè *ad §. ſi res aliena 6. & §. ſi cui fundus 9. inſtit. de legatis.* p. 238

TRACTATUS XII. *De die certo contractibus adjecto*, ſivè *ad §. omnis 2. Inſtit. de verborum obligationibus.* pag. 247

CAPUT I. *De die certo contractibus adjecto.* ibid.

CAPUT II. *De die certo ultimis voluntatibus adſcripto.* p. 266

CAPUT III. *De die incerto qui pro certo habetur tam in contractibus, quàm in ultimis voluntatibus appoſito.* p. 270

TRACTATUS XIII. *De collationibus, & ad integros titulos ff. & Cod. de collatione bonorum, & de dotis collatione. tom. 1. part. 2.* p. 1

CAPUT I. *Ratio inductiva Edicti de collationibus diſquiritur, nec non quando & inter quos ex Edicto Prætoris collationi ſit locus. tom. 1. part. 2.* p. 1

CAPUT II. *Quæ bona, & quam eorum partem emancipatus ex Edicto Prætoris ſuis hæredibus conferat. tom. 1. part. 2.* p. 13

CAPUT III. *De tempore & modis conferendi, & pœnâ non conferentis. tom. 1. part. 2.* p. 30

CAPUT IV. *De dotis collatione, tàm ex novo, quàm ex veteri jure. tom. 1. part. 2.* p. 35

CAPUT V. *De collatione eorum quæ facto teſtamento in legitimam imputantur. tom. 1. part. 2.* p. 46

TRACTATUS XIV. *Ad titul. ff. & Cod. de uſucapionibus. tom. 1. part. 11.* p. 50

CAPUT

CAPUT I. *De origine & definitione uſucapionis. tom.* 1. *part.* 2. pag. 50
CAPUT II. *De bona fide ad uſucapionem requiſita.* ibid. p. 54
CAPUT III. *De juſtis titulis ex quibus procedit uſucapio.* p. 60
CAPUT IV. *De continua poſſeſſione quam exigit uſucapio.* p. 76
CAPUT V. *De impletæ uſucapionis effectibus.* p. 93

TRACTATUS XV. *Ad titul. ff. de eo quod certo loco dari oportet, & ad titul. Cod. ubi conveniatur qui certo loco dare promiſit.* p. 101

CAPUT I. *In quo de certo loco quibuſlibet diſpoſitionibus inſerto quædam prælibantur, ratio inductiva actionis arbitrariæ, de eo quod certo loco, & cauſa ex quibus illa naſcitur, diſquiritur.* ibid.
CAPUT II. *An & quo ſenſu utilis & arbitraria dicatur, quibus in locis poſſit exerceri, & in quibus à triticaria conditione differat actio de eo quod certo loco, &c.* p. 112
CAPUT III. *De officio judicis in arbitraria actione de eo quod certo loco, &c. tom.* 1. *part.* 2. p. 128
CAPUT IV. *An & quatenus adversùs fide-juſſorem arbitraria actio competat, pro explicatione textùs, in leg. centum Capuæ,* 8. *& in leg. ult. hoc titulo. tom.* 1. *part.* 2. p. 135

F I N I S.

DON

DON JOANNIS PUGÆ ET FEIJOO

JURISCONSULTI ET PRIMARII ANTECESSORIS SALMANTICENSIS,

TRACTATUS ACADEMICUS I.

De Legato Debiti Creditori relicto.

CAPUT PRIMUM.

In quo agitur de Legato debiti à Debitore Creditori relicto, & Caſus omnes quibus illud utile eſt inveſtigantur.

1 CUM Legatum ſit donatio, & liberalitas *lege legatum* 36. *de legat* 2. *l. cum non facile* 6. *Si cui pluſquam per Legem falc.* Lucrum aliquod & compendium afferre Legatario debet, *l. ſi hereditatem* 32. *ff. mandati*, inde deſcendit, quod ſi Debitor Creditori id quod debet leg ıverit, inutile, & nullius momenti ſit legatum, quia nec eſt donatio, nec propriæ liberalitatis beneficium, niſi plus ſit in legato quam in debito, id eſt niſi jus aliquod temporis, conditionis, exceptionis, modi, c nerisve, quo obligatio affecta fuit, creditori teſtator remittat *l. ſi Creditori* 28. *l. ſi autem* 29. *l. hujus modi* 84. §. *Si Sempronius* 2. *l. ſi mihi* 100. *de leg.* 1. *l.* mœvius. 66. *l. unum ex familia*. 67. *l. Debitor* 82. *de leg.* 2. *l. ſi mulier* 3. §. *ſi kem* 2. *l. ſi deportati*. 7. §. *fil. de leg.* 3. *l. ſi Debitor* 11. *l. ſi Creditor* 13. *l. idem* 14. *l. Legati* 25. *verſiculo contra l. Aurel.* 28. §. *cum qui* 10. *cum* §§. *ſequentib. de liberat. legat. l.* 2. *de dote praleg. l.* 1. §. *ſi quis creditori* 10. *l. vobis* 5. *ad leg. falcid l. ſi quis legatum* 6. §. *ult. ad leg. corn. de falſ.* §. *ex contrario* 14. §. *ſed ſi uxori* 15. *inſt. de leg.* quibus omnibus conſtanter hoc certiſſimum juris noſtri principium docemur prædictâ ratione ſuffultum, quod communiter interpretes tradunt.

2 Ab eo tamen abſque judicio diſceſſit Oroz Liber 1. *de apicibus juris cap.* 8. *num.* 3. *& ſequentib.* indiſtinctè exiſtimans valere legatum debiti, etſi non ſit plus in legato quam in debito, nititur ratione, & autoritate. Ratio hæc eſt, non implicat ad rem aliquam debitam conſequendam concurrere plures actiones & rem aliquam pluribus ex cauſis deberi, *l.* 14. §. *act.* 2. *de except. rei jud. l.* 3. §. *ex plurib.* 4 *de acquir. poſſeſſ. l. non eſt novum* 10. *de act. empt. cum ſimilibus.* Ergo non implicat creditorem præter priſtinam actionem quam habet ad conſequendum debitum acquiıere de novo actionem ex teſtamento ad debiti perſecutionem; deinde utilem conſequitur Creditor legatarius eo ipſo quod novam actionem aequirat ex teſtamento. Cum utilitas quædam non levis ſit in laxiori agendı ſacultate & expediat Creditori duplicem habere actionem, *l. cum filius* 76. §. *variis* 8. *de leg.* 2. *argumento textus in lege. Sive heredem* 13. *C. de jure delib. principio inſt. de bon. poſſeſſ.* Ergo debet ab initio conſiſtere Legatum debiti, maxime cum ad hoc ut legatum valeat, ſufficiat, ut producat obligationem, & actionem: hæc eſt enim prima utilitas quæ naſcitur ex cujuslibet legati donatione Vulpian. in *l. ſi Creditori* 28. §. 10. *de leg.* 1. quæ etiam in legato debiti ſemper invenitur, ab auctoritate utitur deciſione Vulp. in *l. ſi Creditori* 28. §. 1. *de leg.* 1. Cujus hæc ſunt verba: *Marcellus libro* 28. *putat rem quam ex ſtipulat. mihi debes, ſi legaveris utile eſſe legatum.* adducit text. *ſed in l. debitor* 82. §. *ſervo al eno* 2. *de leg.* 2. ubi ait Paulus *id quod domino debetur, poſſe ejus ſervo legari.* tunc ſic: legatum relictum ſervo in eo conſiſtit ob capacitatem quam à Domino mutuatur, *l. ſi mihi* [illegible]. §. *regula* 2. *de leg.* 1. *l. non minus* 31. *de hered. inſt. cum vulg.* Ergo ſi id quod Domino debetur, ejus ſervo legari poteſt, ipſi etiam domino poterit legari, & per conſequens legatum debiti indiſtinctè debet conſiſtere, etſi non ſit plus in legato quam in debito.

Sed levia ſunt hæc fundamenta contra tot textus expreſſos, & ut viva juris ratione eis ordine ſatisfaciamus, fateor plures actiones ad debiti perſecutionem poſſe concurrere, & ex eâ cauſâ uti- 3

litatem habere Creditorem; ſed id tunc verum eſt, quando ſcilicet adſunt principia ſubſtantialia, quæ ſufficiunt ad inducendam actionum multiplicitatem, at vero quoties debitum legatur, deficit omnino ſubſtantia legati quæ exigit Legatarii lucrum, & per conſequens deficit fundamentum actionis ex teſtamento. Creditor enim ad debitum exigendum non indiget teſtamentariâ actione; unde ſi legatum ſubſiſteret, augeretur inanis numerus actionum, non commoditas: nec obſtat ſecunda conſideratio, cui reſpondeo, quod licet verum ſit primam utilitatem, quæ naſcitur ex datione legati, eſſe actionem ex teſtamento; tamen cum hæc eo tendat, ut lucrum rei legatæ percipiat Legatarius, eo deficiente naſci non poteſt, nec textus ſupra expenſi contrarium probant; non textus *in dicta lege* 28. §. 1. quia alio ſenſu inferius commodiori loco capiendus eſt, nec textus *l.* 82. §. 2. qui licet difficilis ſit, tamen potius principium noſtrum mirè confirmat, docet Paulus ex ſententia Valentiæ ſervo poſſe alieno rem Domini legari, & id, quod Domino ejus purè debetur; redditque rationem, nam cum ſervo alieno aliquid in teſtamento damus, Domini perſona ad hoc tantum inſpicitur, ut ſit cum eo teſtamenti factio, cæterum ex perſonâ ſervi conſiſtit legatum, & ideo rectiſſimè definit Jul. id demum ſervo alieno legari poſſe, quod ipſe liber factus capere poſſet, hæc ſubobſcura ratio explicanda eſt; ſervus perſonam habet naturalem, civilem verò, quia ipſa caret, mutuatur à Domino, qui ei præſtat capacitatem ad capiendum ex teſtamento; unde ad hoc ut ſervo poſſit legari, requiritur Dominum habere teſtamenti factionem paſſivam ad capiendum ex teſtamento ejus qui legatum relinquit, ſed non eſt neceſſe quod ea res, quæ ſervo legatur, ejus Domino poſſit legari, quia Dominus non præſtat capacitatem particulariter reſpectu rei legatæ, ſed generaliter quamlibet ad capiendum ex illo teſtamento; quapropter ſuppoſitâ capacitate civili legatum conſiſtit in perſonâ ſervi uſque ad tempus ceſſionis, quia tota ea conſiſtentia eſt naturalis & facti, cum oriatur ex donatione legati, quæ merum factum eſt, & licet verum ſit legatum ſervo relictum eſſe, non Domino, at verò ex eo tempore ceſſionis conſiſtit legatum ex perſonâ Domini, quia tunc advenit acquiſitio, cujus ſervus non eſt capax, quæ doctrina conprobatur *ex l. ſi maxime 5. de ſervitute legat. l. legatum 21. de adim. legat. l. 3. §. hoc autem de legum præſt. l. communi 15. de ſtipul. ſervi. l. ſervus 82. de acquir. hæred. l. ejus ſervus 64. de hæred. inſt. l. 5. §. ult. quando dies legat. ced. cum ſimilibus*; ex quibus jam conſtat ſentire Paulum legatum debiti inutile eſſe dum aſſerit id, quod Domino debetur, ejus ſervo poſſe legari, licet Domino non poſſit; quæ deciſio pendet ex tradita ratione, quia Dominus capax eſt & habet teſtamenti factionem cum debitore, quam ſervus accipit, licet ex ejus perſonâ conſiſtat legatum, docet Cujac. 16. *quæſt. Pap. in dicta lege 5. de ſervit. legat.*

4 Deinde ſic poteſt argui, ſi Creditor debitori pignus legat, conſiſtit legatum, *l. 1. §. 1. de libert. legis*, ſed quoties Creditor debitori pignus remittit aut tradit, nulla eſt donatio, ergo poteſt conſiſtere legatum, quin ſit donatio & quin lucrum afferat legatario, & per conſequens legatum debiti debet conſiſtere: major eſt evidens, minor probatur ex *l. etſi pignus 18. quæ in fraud. cred. l. Lucius 11. quibus modis pig. vel hyp. ſolv.* lex *etiam 11. Cod. ad S. C. Vellejanum* quibus aſſeritur remiſſionem pignoris permiſſam eſſe inter conjuges, quia licet donatio prohibita ſit inter virum & uxorem, *l. 1. & per tot de donat. inter.* tamen remiſſio pignoris donatio non eſt, probatur ex textu in lege 1. §. 1. *quibus modis pign.* Ubi remiſſio pignoris valet poſt crimen capitale contractum, quia licet poſt contractum capitale crimen donationes factæ ſint, non valeant, *l. poſt contractum 15. de donat.* tamen remiſſio pignoris donatio non eſt; ergo cum conſtet pignoris remiſſionem non eſſe donationem, & aliàs valere legatum, cum pignus debitori Creditor legat, infertur legatum abſque lucro poſſe conſiſtere, & ideo valere indiſtinctè legatum debiti, ſed reſpondeo ideo valere legatum quando Creditor debitori pignus legat, quia lucrum affert legatario, qui pignoris obligatione liberatur, quod ſufficit, ut donatio ſit: nec obſtat dicta *lex 18. cum ſim.* nam licet remiſſio pignoris donatio ſit, tamen permittitur inter conjuges, quia non omnes donationes inter eos ſunt prohibitæ, ſed illæ demum ex quibus Donator pauperior fit, & propria bona diminuit, non ex quibus Donatarius lucrum conſequitur, aut locupletior ſine alterius damno efficitur *l. ſi ſponſus 5. §. cum igitur 16. l. ſed ſi 15. l. ſed ſi vix 31. §. quod ſi Legatarius 7. de donat. inter.* At vero ex pignoris remiſſione nil ex bonis Creditoris diminuitur, cum principalem obligationem integram conſervet, licet locupletior quodammodo fiat debitor cui pignus remittitur, cum rem ſuam liberam, & immunem à nexu illo obligationis recipiat; itaque dum Pap. *in dicta lege 18.* aſſerit nullam fieri donationem, ita intelligendus eſt nullam ſcilicet donationem fieri ex illis quæ inter conjuges prohibitæ ſunt, & hoc ipſe ſentit, dum ait remiſſionem pignoris factam in fraudem creditorum per revocatoriam actionem reſcindi, qua etiam doctrina capiendus eſt textus *in dicta lege 1. §. quibus modis pign. ita ferè Cujac. 11. Reſponſ. Pap. in dicta lege 1. §. 1. cum duobus ſequentibus.*

His objectioribus ſolutis verum manet princi- 5
pium noſtrum, ſcilicet legatum debiti inutile eſſe niſi plus ſit in legato, quam in debito; nam generalis hæc regula tenenda eſt: toties valet hoc legatum quoties creditoris interſit ex teſtamento potius agere, quam ex priſtina obligatione, *dicta lege ſi debitor 11. de lib. leg.* Ut autem ſit plus in legato, quam in debito, pluribus modis fit quos ſigillatim exponemus. Primus eſt ſi actio, quæ oritur ex legato plenior ſit vetere, quod contingit ſi debitum per vindicationem legetur, quo caſu valere legatum diſerte ſcriptum eſt *in dicta leg. 78. §. 1. de leg. 1. & expreſſius in dicta lege 3. §. ſi rem 2. de leg. 3.* & ratio ea eſt, quia ex contractibus, nec dominium nobis acquiritur, nec rei vindicatio naſcitur, ſed ſolum actio perſonalis, *l. qua ratione 9. §. hæc quoque res 3. l. traditio 20. de acq. rerum dom. l. traditionibus 20. Cod. de pact. l. actionum genera 25. de O. & A. §. per traditionem 40. inſt. de rerum div.* At vero ex legato per vindicationem relicto competit legatario actio perſonalis ex teſtamento quæ ex quocumque legato oritur, & rei vindicatio tamquam Domino *l. plane 34. §. pen. l. ſervus 108. §. cum homo 20. de leg. 1. l. Lucius 28. l. cum filius 76. §. variis 8. de legat. 2. l. 1. C. commun. de legat.* Unde commodum conſequitur Creditor ex legato, quia do-

minium naſcitur ſtatim abſque litium ambagibus, & perſonalis actionis moleſta dilatione, & in his terminis ſcilicet debiti legati per vindicationem intelligi poteſt *textus in leg.* 1. §. *mela.* 14. *de dot. praleg.* unde infertur regulam noſtram procedere, cum debitum per damnationem legatur, nam ex hoc legati modo digeſtorum jure vindicatio non naſcebatur, ſed ſolum perſonalis actio contra hæredem *l. ſi ſervus* 70. lex *hujuſmodi* 84. §. *ades* 4 *lex. legatum* 116. §. *ult. dictæ legis* 1. *cum Pap.* 18. *de ſervit. dicta l. comm. de legatis*, & ideo nullam utilitatem Creditor conſequitur quæ etiam doctrina locum habet ſi ſinendi modo debitum legetur, quia ex hoc etiam legato non oriebatur actio in rem, ſed ſolùm perſonalis, ut docet Cujac. *in recit ad leg.* 1. *de legat.* excipe ſi res legata ſinendi modo propria ſit teſtatoris, tunc naſcitur actio in rem. Caius ſic intelligendus *lib.* 1. *inſtit. tit.* 2. *de legat.* 1. §. *ſi ſinendi modo pen.* & fortiori ratione idem dicendum eſt ſi per fidei-commiſſum relinquatur debitum *l. Aurel.* 28. §. *quidam* 13. §. 1. *dec.* lex 3. quia fide-commiſſa poſtquam ad neceſſitatem juris redacta ſunt ſolum per extraordinariam perſecutionem, hoc eſt implorationem, Officii Prætoris fidei-commiſſarii petebatur *l. quaſitum* 78. §. *cum noſtr.* 6. *dictæ legis* 3. *l. pecuniæ verſic.* 178. §. *perſecutionis de verb. ſign l.* 2. §. *capta de orig. Juris Ulp. in fragm. tit.* 25. *Quintil. lib.* 3. *inſt. orator cap.* 6. & fidei-commiſſarius Dominus ex tempore reſtitutionis ſeu traditionis hæredis, *lex facta* 63. *ad treb. l. Herennius* 42. *de uſur.* Notat Cujac. ad tit. *cod. communia de legatis*, ex quibus conſtat inutiliter debitum legari, vel per fidei-commiſſum relinqui, niſi per vindicationem docet Cujac. in recit. *ad dictam leg.* 1. §. 14. *de dot. praleg.*

6 Ideo ergo conſiſtit legatum debiti per vindicationem relictum, quia rei vindicatio legatario competit quæ oritur ex dominio, quod in ipſum ex legis poteſtate, & auctoritate transfertur ad cujus rei pleniorem intelligentiam advertendum eſt acriter inter interpretes diſputari ex quo tempore dominium rei legatæ poteſtate legis in legatarium transfertur, & quidem non à morte teſtatoris, ſed ab adita hereditate dominium in legatarium transferri defendunt Cujac. *in rec. ad lex. in dict. leg. Legatarius* 38. §. *ſi legatum* 1. & *in lege ſi eros* 11. *de ipſa lege* 1. & *lib.* 1. *difin. Pap. in lege legatum* 80. *de lege* 2. & *in comem. ad legem & eleganter* 7. §. *item ſi ſervus* 5. *de dolo.* Donell. *lib.* 8. *cum cap.* 18. & *Oſſ. ibidem littera B.* Et ex contrario dominium rei per vindicationem legatæ ipſo jure à tempore mortis teſtatoris in legatarium transferri contendunt efficacioribus rationibus Ant. Fab. in *rational. ad dictam leg. l.* 7. §. 6. *de dolo.* Valentia. *lib.* 3. *illuſtr. tract.* 5. *de legat. in rub. num.* 24. *circa medium*, quam ſententiam veriſſimam cenſeo, manifeſte enim probatur ex *lege legatum* 80. *de lege* 2. *l. à Titio* 64. *de fur. l. ſed ſi damnum* 9 §. *ſed & Crediter. de peeul. l. ſi ſervus* 40. *de nox. l. id tempus* 14. §. *ult. de uſucap. cum aliis*; ſed quæſtionem hanc ideo miſſam facio, quia ad rem noſtram non ſpectat, nam ſive dicamus dominium rei legatæ per vindicationem transferri in legatarium à tempore mortis teſtatoris ſive ab adita hæreditate, ſemper verum erit valere legatum per vindicationem relictum cum ſemper utilitatem Creditor legatarius conſequatur ex eo quod dominium rei ipſo jure acquirit, quod ſufficit ad legati conſiſtentiam,

Verum contra ſupra dictam rationem, quâ aſſerimus legatum debiti per damnationem relictum 7 inutile eſſe, ſic poteſt argui ſaltem quoties id, quod debetur ex contractibus ſtricti juris, veluti ex ſtipulatione, mutuo, & ſimilibus, per legationem legatur, debet eſſe legatum utile; ergo non recte diximus indiſtinctè inutile eſſe legatum debiti per damnationem relictum, antecedens probatur; legatum debiti valet, cum plus eſt in legato quam in debito, ſed quoties id, quod debetur ex contractibus ſtricti juris per damnationem relinquitur, plus eſt in legato, quam in debito, ergo hoc ſaltem caſu legatum conſiſtit, minor probatur, in contractibus ſtricti juris fructus non debentur adhuc extantes tempore contractus; *Lex ſi filius fam.* 78. §. *cum fundum* 1. *de verb. obl. lex redeamus* 38. §. *ſi actiones* 7. *de uſuris*, ubi ait conſultus in actione ex ſtipulatu fructus non deberi adhuc ex tempore moræ, licet poſt litem conteſtatam debeantur, quod inde probatur ex *lege* 2. *lex* 3. §. *in his quoque* 1. *cod. tit. de uſur.* L. *ſi homo* 8. *de re jud.* nec uſuræ ſi promiſſæ non fuerint, ſi enim promittuntur debentur *lex* 1. *lex* 3. eum vulgar. debentur adhuc poſt litem conteſtatam ut ex antiquorum ſententia late docet noſter Pichard. in §. *actionum* 28. *inſt. de actionibus* q. 8. *per tot.* Donell. *in lege* 13. *cod. de uſuris*, vel ſaltem non debentur ante litis conteſtationem ut docet Cujac. *lib.* 6. *quæſt.* Pap. *in dicta lege* 2. *de uſur.* at vero in contractibus bonæ fidei fructus extantes tempore conventionis omnino debentur, & ſi de eis nil actum ſit *l. Jul.* 13. §. *ſi fructibus* 10. *de act. empt. l.* 3. §. 10. *cod. l.* 38. §. *ex cauſa* 8. & §. *in ſocietate* 9. *de uſur. l. pro ſocio* 38. §. 10. *pro ſocio*, & uſuræ debentur ex tempore moræ adhuc ante litem conteſtatam *l. cum quidam* 17. §. *ex locato* 4. *de verb. ſign. l. Julius* 13. §. *conveniunt* 20. *de act. empt. l.* 2. *cod. de verb. ſign. l. mora* 32. §. *in bonæ fidei eodem tit.* & licet actio ex teſtamento ſtricti Juris ſit *l. alias* 6. *de in lit. jurand. l. ſi hæres* 5. *cum duabus ſequentibus de eo quod cert. loc.* tamen ultimæ voluntatis ſavore, cujus maxime ratio in jure habetur, *l.* 6. *quem ad teſtamenta apud legem* 2. *C. de Sacro-Sanct. Ecles.* Effectus habet actionis bonæ fidei quoad fructuum & uſurarum præſtationem, unde ſi fructus fundo legato cohærentes tempore mortis, quia pars fundi ſunt Lex *fructus* 44. *de rei vindicatione* Legatario debentur ut docet Cujac. *in recitatione ad legem cum ſervus* 39. §. *fructus* 10. *de lege* 1. *argument. text. in lege* 3. §. *nonnumquam* 2. *de uſuris*, expreſſe conſtat ex Pauli *lib.* 3. *ſententiarum tit.* 6. *dict. leg. legat.* §. *fructus* 45. ubi in notis conſulendus Cujac. poſt moram-que adhuc ante litem conteſtatam fructus, & uſuræ debentur, *dict. l.* 3. *l.* 8. *de uſur. l. ſi quis* 23. *dict. l. patronus* 35. *de lege* 3. *l.* 1. 2. & 3. *de uſuris & fructibus legat.* in quarum ſpeciebus videndus omnino eſt Cujacius. Nunc ex hac doctrina ſic inſurges, actio ex teſtamento quæ competit ad petendum legatum per donationem relictum & extraordinaria perſecutio quæ naſcitur ex fidei-commiſſo, cum ſapiat naturam actionis bonæ fidei quoad fructus & uſuras (non loquor de legatis per vindicationem relictis, nam hi fructus tunc ad Legatarios ſpectant, docet Retes in *diſſeratione acad. de fruct. ſcilicet* 4. *num.* 74. *cum* 3. *ſequentibus.*) Plenior eſt quam actio ſtricti Juris quæ reſultabat ex priſtina obligatione, ergo debet conſiſtere legatum, vel fidei-commiſſum debiti ex contractu ſtricti Juris, ſi teſtamento relin-

Digitized by Google

quatur, & ita hac ratione ducti defendunt id Donel. 8. *coment. cap.* 11. *Vinn. in* §. 14. *de legat.* 1. *num.* 1. Cujac. *in dicta lege* 18. *de legat.* 1.

8 Sed licet difficile ſit argumentum, à contraria ſententia recedendum non eſt quæ expreſſe probatur ex lege *Lucius Titius* 93. §. *Sempron.* 1. *de lege* 3. *l. Aurel.* 18. §. *quidam* 13. & §. 64. *de liber. legat.* in quibus quidam uxori per fideicommiſſum reliquit centum aureos quos ab ea mutuos acceperat, & reſpondetur quod ſi vere maritus eos debebat nullum eſt fidei-commiſſum, mutuum eſſe contractum ſtricti Juris nemo dubitat, & tamen inutile eſt fidei-commiſſum, ſt id, quod mutuo debetur teſtamento relinquatur, ergo licet hoc quod ex contractu ſtricti Juris debetur per damnationem, vel fidei-commiſſum relinquatur, tamen legatum eſt inutile, & hoc modo hi textus intelligendi ſunt rejecta interpretatione Duareni in dicta lege 28. §. 7. *dictæ legis* 1. quem ſequitur Oſſ. 8. *coment. cap.* 11. quod idem probatur ex expreſſo textu in lege *cum pater* 29. *de vir. dot.* Nec tamen obſtat argumentum, nam reſpondeo, quod licet verum ſit in actione ex teſtamento, uſuras & fructus ex tempore moræ deberi quod ſecus eſſet in actione ſtricti Juris, tamen id non ſufficit ad legati conſiſtentiam, quia præſtatio uſurarum & fructuum poſt moram non provenit ex liberalitate teſtatoris, ſed ex delicto & mora hæredis. Argum. textus elegantis in *lege mulier* 22. §. *ſi hæres* 2. *ad Treb. l. qui ſolidum* 78. §. *etiam* 2. *de legat.* 2. *l. cum pater* 60. §. 1. *l. alienus* 61. *ad legem falcid.* Cum uſuræ in pœnam cunctationis infligantur, & potius in pœnam non ſolventium quàm propter petentium lucrum. *l. Cum quidam* 17. §. *ſi pupillo* 3. *in fin. de uſuris argum. l. ſi per te* 9. *Cod. eod.* Unde cum nullum lucrum poſſit dici legatarium creditorem ex teſtatoris judicio capere, deficit præciſe legati ſubſtantia. Nec obſtat ſi replices, ſufficit eſſe uberiorem & pleniorem actionem ex teſtamento priſtinâ actione ut conſiſtat legatum debiti, ſeu actio ex teſtamento cum haberetur effectus actionis bonæ fidei pleniore actione priſtina ſtricti juris ergo debet conſiſtere legatum. Nam ut reſpondeam, diſtinguo majorem, ſufficit eſſe pleniorem ex teſtamento actionem priſtina actione, ut conſiſtat legatum debiti, ſi lucrum cujus ratione plenior eſt actio, proveniat ex liberalitate teſtatoris, concedo majorem, ſi lucrum non proveniat ex judicio teſtatoris ſed aliunde, nempe ex delicto hœredis, nego majorem, & eodem modo diſtinguo minorem, actio ex teſtamento eſt plenior ſtricti juris actione reſpectu lucri provenientis ex mora hœredis, concedo minorem, reſpectu lucri reſultantis ex judicio teſtatoris, nego minorem, & nego conſequentiam ex dictâ ratione, uno tamen caſu legatum hoc valere fatebor, ſcilicet ſt is qui debet fundum ex contractu ſtricti juris eum per donationem legavit, vel per fidei commiſſum reliquit, cum fructus ex cauſa legati conſequatur, quos actione priſtinâ conſequi non poſſet, *junct. dictis num. anteced.* & quidem lucrum hoc non reſultat ex delicto hæredis, ſed ex liberali largitione teſtatoris, conſequenterque valet legatum.

9 Ulterius doctrinam noſtram ultra omnes Interpretes non levibus rationibus impugno, ex legato debiti per damnationem relicto, ſemper lucrum, & utilitatem creditor conſequitur, ergo indiſtincte debet valere, probo antecedens, hœres cogitur ſatiſdationem idoneam præſtare legatario de legato ſolvendo fidejuſſoribus, *l.* 1. *l. poſtquam* 5. & *fere per tot tit. ut legat. nom. cav. legis Prætoria* 7. *de præt. ſtipul.* & ſi legatum pure relictum ſit *l. etiam* 15. *eod. tit.* Ergo utilitatem conſequitur Creditor ex legato, conſequentia patet, quia ex priſtina obligatione ſolum debitoris hæredem obligatum habebat, ex nova actione ex teſtamento non ſolum obligatum habebat hæredem, ſed fidejuſſorem eo nomine datum, qua de cauſa ſecurius creditum habet, cum adhoc fidei-juſſores accipiantur *principio inſt. de fidei-juſſoribus*, *l. ſi fidei-juſſor* 7. *qui ſatiſd. cog. arg. textus in l.* & *magis* 4. *cum l. ſequenti de ſolut.* Ergo plus in legato eſt quam in debito. Augetur difficultas ex eo, nam certum eſt legatum debiti conſiſtere ſi ex ejus cauſa novum reum debendi Creditor habeat. *l.* 3. §. *ult. de lib. legat.* ut latius infra diſputabimus, ſed ex legati datione novum reū debendi Creditor conſequitur, ſcilicet fidejuſſorem ab hærede eo nomine datum, ergo debet conſiſtere indiſtincte debiti legatum, aſſumptum probatur ex hac etiam efficaci ratione, legatum debiti conſiſtit, ſi teſtator in teſtamento legati nomine pignus conſtituat Creditori pro debito, & expreſſe probatur à contrario ſenſu ex *d. leg. ſi mulier* 3. §. *ult. de leg.* 3. & nos ſuo loco fundabimus ea ratione quod ex hac cauſa laxiorem ſecuritatem Creditor conſequitur, ergo cum ex legati cauſa hæres idoneam cautionem præſtare cogatur idoneis fidejuſſoribus datis, debet valere legatum, cum ampliorem ſecuritatem acquirat Creditor ex legato, quam ex debito. Deinde ex eadem ratione videtur probari valere legatum, ſi id, quod debetur ſub conditione, vel in diem ex contractu ſtrictiſſimi Juris ſub eadem conditione, vel in eandem diſpoſitionem per damnationem legetur. Nam in judiciis ſtricti Juris Debitor non poteſt compelli ad præſtandam cautionem ante diei adventum, vel conditionis exiſtentiam, lex *in omnibus* 41. *de Jud.* lex *pro ſocio* 38. *ff. pro ſocio.* lex *quoties* 47. §. *ſi ſemel* 2. *de pecul.* docent Cujac. *lib.* 11. *quæſt.* Pap. *in d. l.* 41. Pich. *in* §. *actionum* 28. *inſt. de actionib. quæſt.* 13. At vero in cauſa legati conditionalis vel in diem relicti, hæres cogitur præſtare cautionem ante conditionis, vel diei adventum, *l. hæc ſtipulatio* 14. *de leg.* 15. *ut leg. nom. cav.* Ergo debet conſiſtere legatum, cum in eo plus ſit, quam in debito.

10 Creſcit difficultas hæc ex ſequenti conſideratione, ſi hæres non caveat de legato ſolvendo vel fidei-commiſſo præſtando, cum per legatarium vel fidei-commiſſarium non ſtet, quominus ei caveatur, Legatarius vel fidei-commiſſarius mittitur ex edicto Prætoris in poſſeſſionem rerum hæreditariarum cuſtodiæ cauſa. *l.* 1. & *per tot ut in poſt legat.* Et interdum poſſeſſionem bonorum hæreditariorum cuſtodiæ cauſa. Lex 1. & *per tot ut in poſſ. Lega.* & interdum in poſſeſſionem bonorum hæredis. *l. ſi cui.* 5. §. *imp.* 16. *eod. tit. l. certa* 6. *Cod. eod.* Paulus ſic intellig. *lib.* 4. *ſententiarum tit.* 1. *de fidei-commiſ.* §. *cui ab hærede pen.* Cujus miſſionis vi, licet nec dominium nec rerum poſſeſſionem acquirit *d. l.* 5. *in principio*, tamen veluti quoddam pignus Prætor habet, cujus ratione actionis in rem intendere poteſt in tertios poſſeſſores. lex *ſi poſtquam* 3. lex *qui legati* 7. *C. d. tit.* Ergo legatum vel fidei-commiſſum debiti debet indiſtincte eſſe utile, cum lucrum hoc non leve conſequatur Creditor, quod ex priſtina obligatione non habebat, aliud etiam maximum lucrum Creditor acquirit ex eo, nam licet ex le-

Digitized by Google

gato per damnationem relicto ſolum oriatur actio perſonalis, & licet ad fidei-commiſſi conſecutionem ſolum extraordinaria ſpectat perſecutio, ut dixi *num.* 5. tamen ſi hæres ſolvendo non eſt ſolemnis in rem remiſſio ſit contra extraneum poſſeſſorem, qui ſciens rem legatam vel per fidei-commiſſum relictam ab hærede accipit, ut expreſſe docet Julius Paul. *lib. 4. ſentent. tit.* 1. *de fidei-commiſſis*, §. *res fidei-commiſſaria* 14. *& inſt. in leg.* 1. *in principio & in leg.* 3. §. *ſeu quia noſtra Majeſtas* 2. *Cod. comm. de leg.* Et in terminis hujus miſſionis in rem intelligendi ſunt alias difficillimi textus in lege *ſi qua* 109. §. *hæres* 1. *de leg.* 1. *l. qui ſolidum* 78. §. *ſi Creditor ult. de legat.* 2. *& text. in leg. ult.* §. *ult. eod. tit.* In quibus legimus fidei-commiſſarium poſſe experiri contra 3m. poſſeſſorem, ſcilicet ſolemni commiſſione in rem facta, ut advertit Cujac. in expoſitione *novella* 39. eodem etiam modo capiendus eſt textus *in leg. ult. Cod. de uſur. & fructibus legat.* Ergo debet conſiſtere legatum debiti, cum remedium miſſionis in rem contra tertium poſſeſſorem pariat Creditori.

11 Non tamen obſtant difficultates hæ, nam reſpondeo quod licet verum ſit hæredem teneri præſtare cautionem idoneam de legato, aut fidei-commiſſo ſolvendo, tamen id non ſufficit ut valeat, legatum, vel fidei-commiſſum debiti, nam onus ſatiſdationis non pendet ex liberalitate teſtatoris, ſed ex edicto Prætoris ad coërcendum hæredem, qui relictum ſolvere recuſat, cum ſolum cauſatio interponatur, quando hæres legatum ſolvere recuſat, ut aperte ſentit Paul. in *d. l.* 15. *ut leg. num.* ubi idem ait etiam de præſenti legato locum habere ſatiſdationem, quia nonnullas moras exercitio judicii habet, ad hoc vero ut conſiſtat legatum, requiritur aliquod lucrum obvenire legatario ex judicio teſtatoris, unde licet plus videatur eſſe in legato, quam in debito, ex eo, quod hæres conventus actione priſtina ſatiſdare cogi non poſſet. *l. hac autem* 5. §. *ex quibus cauſ. in poſſeſſ. eatur principio inſt. in fin. de ſatiſdat.* Conventus vero ex cauſa legati, aut fidei-commiſſi cautioni ſit obnoxius, tamen cum lucrum hoc non reſultet ex liberalitate teſtatoris non ſufficit ad conſiſtentiam legati aut fidei-commiſſi, qua doctrina retenta, ſolvuntur omnes difficultates expenſæ, fateor valere legatum debiti, ſi novum reum debendi Creditor acquirit, ſed id tunc verum eſt, cum novum reum debendi Creditor acquirit, ex judicio teſtatoris ut in leg. 3. §. *ultim. de liber. leg. cum ſimil.* Non tamen cum eum acquirit ex pœna qua jus Prætorium coërcet hæredem, ut ſic evenit, nam nemo dicet Creditorem conſequi novum reum debendi ſcilicet fide-juſſorem adhibitum ad ſecuritatem legati ex teſtatoris liberalitate; unde licet valeat legatum debiti quando teſtator conſtituit pignus Creditori pro debito, non infertur ex eo, valere etiam legatum debiti, ſimpliciter per damnationem relictum, nam cum teſtator conſtituit pignus Creditori, emolumentum ſecuritatis debiti conſequitur Creditor ex judicio, & liberalitate teſtatoris, nec recte infertur valere legatum, ſi id, quod debetur in diem, vel ſub conditinne ex contractu ſtricti Juris in eamdem diem, vel conditionem relinquatur, nam licet hæres ex cauſa legati cogatur præſtare cautionem, ad quod ex priſtina actione non tenetur tamen cautionis neceſſitas non pendet ex judicio teſtatoris, ſed ex æquitate prætoria, quoties juſta cauſa id ſuadet *d. l.* 41. *de jud.* Eodem modo ſolvitur alia conſideratio, nam remedium miſſionis in poſſeſſionem rerum hæreditariarum ratione non præſtitæ cautionis ſolum provenit ex Edicto Prætorio quod exercet hæredis perfidiam, vel ſaltem negligentiam non ex teſtatoris judicio, quod idem dicendum eſt de remedio ſolemnis miſſionis in rem, cui cauſam dat inopia, & factum hæredis & ſcientis accipiens non teſtatoris voluntas; ſed nunc inſtabis, ergo nec valebit legatum debiti per vindicationem relictum, quia rei vindicatio non oritur ex judicio teſtatoris, ſed ex ipſius legis diſpoſitione. Reſpondeo quod licet actio realis naſcatur ex legato relicto per vindicationem ratione dominii quod ipſo jure in legatarium transfertur, tamen huic legis diſpoſitioni locum facit voluntas teſtatoris executiva verba legati ad legatarium dirigentis, quod ſufficit ut dicatur plus eſſe in legato quam in debito ex teſtantis liberalitate, non vero ipſi cauſam dat hæredis perfidia, negligentia, vel inopia.

Illud antequam hinc abeamus advertendum eſt id, quod diximus, inutile eſſe legatum debiti 12 per damnationem relictum, intelligendum eſſe ſi res debeatur ex priſtina cauſa lucrativa, veluti ex ſtipulatione, ſi vero res debita ex cauſa oneroſa emptionis verbi gratia legetur, utile eſt legatum veluti ſi is qui rem debebat ex contractu emptionis eam legaverit emptori, nam ſi emptor pretium nondum ſolvit, naſcitur ei actio ex teſtamento qua poteſt rem exigere abſque ullo pretii diſpendio, quæ ideo plenior eſt & utilior priſtina actione, qua ſi emptor velit efficaciter experiri pretium debebat offerre hæredi venditoris ex regula *tex. in l. Julius* 13. §. *offerri* 8. *de act. empt.* Si vero jam pretium ſolverat teſtatori, valet ſimiliter legatum, quia poteſt rem petere ex teſtamento legati nomine, & poſtea pretium actione ex empto quia pretium ſolutum fuit emptionis intuitu, & nomine, quæ jam nulla eſt cum reſoluta, & reſciſſa fuerit per legatum, conſtat vero actione ex empto non tantum agi ad rem petendam, & confirmandum contractum, ſed etiam ad pretium repetendum reſciſſo contractu, *l. ex empto* §. *quis Virginem cum ſeq. de act. empt. l. ſi vendiderit* 9. *de evict.* Et licet hæc doctrina ab ſpecie nullo, quod ſciam, Juris teſtimonio roboretur, ab argumento tamen probatur ex textu in *l. Cum ſervus* 39. §. *ſi Titius* 2. *de leg.* 1. Ubi emptor rem quam emerat, venditori legavit, & licet videatur legatum non poſſe conſiſtere ex eo quod res vendita manet in dominio venditoris uſque ad traditionem, *l. Si ager* 50. *de rei vind. cum vulgo* Donell. 4. *Coment. cap.* 15. *&* 19. & per conſequens res propria venditoris legatur contra regulam textus *in* §. *ſed ſi rem* 10. *inſt. de leg. l. proprias* 13. *eod. Cod.* Tamen reſpondet conſultus legatum valere ex eo, quod emptor non intelligitur rem emptam ipſam legare, ſed remittere actionem ex empto, ita advertit Cujacius in recit. ad *d. l.* 39. §. 2. Unde ait, quod ſi venditor poſtquam res ſibi legata fuit, eam emptori tradiderit, & pretium receperit ex empto actione liberatus poteſt rem ex cauſa legati petere. Sed ſi nondum ſolutum erat pretium, poteſt agere ex vendito ad pretium, & ex teſtamento ad rem recipiendam, & ſubjungit, quod pretium jam erat ſolutum, res vero nondum erat tradita, poteſt ex teſtamento conſequi liberationem, ergo pariter dicendum eſt valere legatum, quando res debita ex contractu oneroſo per damnationem relinquitur, nam licet prima facie vi-

deatur res vendita ſolum legari, tamen venditor creditur emptori actionem ex vendito remittere; conducit etiam ab argumento textus *in l. hujuſmodi* 84. §. *qui ſervum* 5. *de l.* 1. *cui res* 29. *de act. empt.* ad quorum explicationem addendus qui plures refert D. Retes *lib.* 7. *opuſc. cap.* 6. *num.* 4. *cum duobus ſequentibus.*

13 Argues contra ſupra tradita hoc modo, legitima debetur filiis tam naturali Jure quam Civili, *l. Etſi parentibus* 15. *de in offic: teſtamento l. ſcripto* 7. §. 1. *citat. teſt. l. cum ratio* 7. *de bon. damnat.* fundat late & docte Valentia *lib.* 3. *illuſtr. cap.* 1. *per tot & cap.* 2. *uſque ad num.* 24. Sed legitima filio exhæredato recte legatur & per fidei-commiſſum relinquitur, *l. Pap.* 3. §. *ſi quis* 6. *l. ſi ruris* 25. *de inoff. teſtamento* §. *ult. inſt. eod.* Ergo legatum vel fidei-commiſſum debiti conſiſtit indiſtincte, fortius reddis argumentum ex eo. Nam ex Conſtitutione Divi Pii, impuberi adrogato debetur quarta ex bonis patris adrogantis, *l. ſi adrogator* 22. *de adopt.* §. *cum autem* 3. *inſt. eod. d. l.* 8. §. *ſequenti* 15. *de in off. l.* 10. *ſi impuberi* 21. *de col. bon.* Sed hæc quarta impuberi exhæredato poteſt teſtamento relinqui. §. *Cum autem impubes* 3. *verſiculo ſed etſi decedens.* Ergo legatum debiti omnino utile eſt, deinde Edicto Prætoris ex teſtamento liberti dimidia pars debetur patrono §. *qua de cauſa* 1. *inſt. de ſucceſ. libert.* Sed hæc dimidia pars poteſt à liberto legari patrono, vel per fidei-commiſſum relinqui, vel mortis cauſa donari. *l. Etiam* 3. §. *ſi debita* 15. *cum duobus ſequentibus de bon. libert.* Ergo ruit noſtra doctrina, Reſpondeo, quod licet legitima filiis omni jure debeatur, tamen licet patri filium exhæredare ob rationes quas conſiderat Valentia *d. cap.* 2. *num.* 7. *l.* 2. *ſequentib.* filius vero exhæredatus poteſt paternum teſtamentum per inofficioſi querelam reſcindere; unde quoties filium exhæredat, non tenetur ei legitimam relinquere licet teſtamentum querelæ ſubjaceat, commodiuſque eſt filio exhæredato legitimam habere ex judicio patris, quam inofficioſi querelam intendere, in qua adeſt alea judicii, & ſæpe vincitur qui vinci non debebat ob teſtamenti favorem, *l. ſi Pars* 10. *de inoff. teſtamento arguit l. poſthumus* 6. §. 1. *Cod.* Et proinde datur liberalitas ex parte teſtatoris, quæ lucrum affert legatario, vel fidei-commiſſario. Nec obſtant hujus difficultatis argumenta; nam reſpondeo Patrem adrogantem non poſſe legare quartam, filio impuberi exhæredato, ut ſentire videtur licet conciſe Pich. *in rubr. inſt. de adopt.* in explicatione *d. l.* 22. *eodem num.* 43. quia ei debetur, & æs alienum vocatur *in dict. l.* 8. §. 15. *de inoff. teſtamento.* Unde nec datur liberalitas ex parte teſtatoris, nec lucrum ex parte legatarii, cum filius ad quartæ proſecutionem efficaciter poſſit experiri conditionem ex *lege inſuper habito legato*, nec contrarium probat *d.* §. *cum autem* nam ibi ſolum ait Juſt. Patrem adrogantem teneri relinquere filio exhæredato quartam. non vero ait legatum valere, ut non diſſimili ſpecie loquitur Pap. *in leg. unum ex familia* 67. §. *de leg.* 2. Nec obſtat ultimum argumentum, cui reſpondeo quod licet libertus teneatur relinquere patrono dimidiam partem, tamen non tenetur præciſe eam ei legari, ſed poteſt ei ſatisfacere, ſi hæredem cum ex dimidia parte inſtituat *d. l.* 3. *ſed & ſi inſtitutus* 16. *de bon. lib.* Unde libertatem exercet, & lucrum affert patrono, ſi ei quartam ex teſtamento legari, fidei-commiſſi, vel donationis mortis cauſa relinquit, cum tunc Patronus quartam immunem accipiat, quam non ita liberam, & lucroſam ex inſtitutione quæreret, licet olim ſolum teneretur præſtate legata hæredibus; aut parentibus *l.* 64. §. *ult. ad treb. l.* 28. *de legat.* 2.

14 Conſtat ex dictis valere legatum debiti. cum per vindicationem relinquatur quia plus eſt in legato quam in debito reſpectu actionis ex qua etiam ratione infertur valere legatum, ſi id, quod debetur actione honoraria, id eſt prætoria legetur, docet Vulpian. ex ſententia Ariſtonis *in d. l. ſi creditori* 28. *in principio de leg.* 1. Ubi eam reddit rationem, quia civilem actionem acquirit ex teſtamento Creditor legatarius pro honoraria priſtina actione, quæ conſulti ſententia non eſt generaliter accipienda, ſed ſub quâdam diſtinctione, quæ ſic ſe habet, ſi id quod debetur actione honoraria temporali legatur, Creditori valet legatum, ſi vero id, quod debetur actione perpetua honoraria legetur, inutile legatum eſt, ut docet Goffred. *in d. l. num.* 11. & Duaren. *ibidem.* Sciendum eſt quaſdam actiones prætorias temporales eſſe, quaſdam perpetuas. Plerumque actiones prætoriæ ſunt annales, quia & Prætorum erat annale imperium *principio Inſt. de perp. & temp. act. l. non ſolum* 22. §. *ult. de lib. cauſa.* Unde actiones omnes prætoriæ, vel mixtæ anno finiuntur. *l. in honorariis* 35. *de O. & A.* paucis exceptis, quarum fit mentio *in principio inſt. de perp. & temp. act. l. ult. Naut. Caup. l. hac actio* 13. *de ſervo corrup.* At vero quæ rei perſecutionem continent perpetuæ ſunt *d. l.* 35. *exceptis* his quæ Jus Civile reſcindunt quæ anno finiuntur. *d. l.* 35. §. *ult. quæ in fraude cred.* Conſulendus Cujacius *in recit. ad d. l.* 35. *de act. pœn. prætoris*, accipi non poteſt Vlpian. deciſio, cum enim hæc in hæredes non detur. *l. unic. C. ex delictis defunct.* juncto ibi Donello non poteſt dici delinquentem debitorem debitum legare ei, qui delictum paſſus eſt, cum tota legati ſubſtantia in id tempus conferatur, quo actio omnino finitur, nec etiam poteſt accipi deciſio de actionibus pœnalibus in judicium deductis, nam licet per litis conteſtationem in hæredes tranſeant §. 1. *inſt. de perp. & temp. act. l. conſtitutionib.* 33. *l. ſciendum* 58. *de o. & ac. & ait l. pœnalia* 164. *de act. jur.* Tamen tunc legatum inutile erit omnino ſi delinquens pœnam leget Creditori, quia nullum ei lucrum largitur, cum lite conteſtata quælibet pœnalis actio perpetua reddatur *l. omnes* 139. *de act. jur.* Unde ſolum loquitur conſultus de actionibus prætoriis rei perſecutoriis, inter quas tradita diſtinctio tenenda eſt, ſi id, quod debetur actione honoraria temporali legetur, valet legatum ut in terminis textus in l. 1. *& per tot. quando de pecul. act. annal. l. ult. Cod. de temp. in integr. reſt. l. ſciendum* 19. §. *ult. de ædil. edict.* Ratio eſt quia lucrum accipit Creditor, cum actionem civilem perpetuam acquirat per temporalem; ſi vero id, quod debetur actione prætoria perpetua legetur, inutile legatum eſt quia eſt in eo pluſquam in debito, cum in effectu idem poſſit conſequi Creditor priſtina actione prætoria, quod actione ex teſtamento conſequeretur, argum *l. in omnibus de Bonorum poſſeſſ.* ſicut nihil intereſt an aliquis de recta, an utili actione experiatur, dum modo perpetua & efficaci. *l. actio* 47. §. 1. *de neg. geſt.*

15 Nunc ſic argues, nullum lucrum percipit Creditor ex eo quod Debitor ei leget, quod hono-

raria temporali actione debet, ergo non poteſt conſiſtere legatum; Probo antecedens, ſi lucrum aliquod perciperet maxime quia lucratur actionem perpetuam pro temporali, ſed hæc acquiſitio lucrum non eſt, ergo nullum lucrum percipit; Probatur minor, poteſt Creditor litem conteſtando temporalem actionem reddere perpetuam ex regula textus *in lege* 139. *de R. J.* Ergo nullum lucrum capit ex eo quod perpetuam acquirat actionem, cum poſſit ipſe ex ſuo facto priſtinam actionem reddere perpetuam, maxime cum dies temporales non continui, ſed utiles ſint, & ſolum illi computantur, quibus adeundi Prætoris copia eſt *l.* 1. *quæ in fraud. cred. d. l.* 19. §. *ult. de adil. edict. l.* 1. *juncto* §. *annus* 39. *de vi, & vi arm.* Don. 16. *comment. cap.* 8. Et ſi Dominus temporalis actionis excat, ex juſta cauſa actio reſtituitur *l.* 1. §. 1. *cum aliis ex quibus cauſ. maj.* Deinde nullam eſſe babendam rationem hujus commodi, quod ex tempore actionis proficiſcitur, probari videtur ex *lege Pater* 17. §. 1. *de caſtr. pecul. in principio.* Docet. Pap. Patrem qui jure peculium retinet bona caſtrenſia filii ſui inteſtati, cogi ſolvere æs alienum intra annum à morte filii computandum, ex regula *d. l.* 1. *& per tot quando de pecul. actio annal.* Quo ſuppoſito ſic ponit ſpeciem in *d.* §. 1. filius miles hæredem patrem inſtituit, pater hæreditatem agnoſcens civili perpetua actione tenetur, id eſt hæreditaria; ſed ponamus omiſiſſe patrem cauſam teſtamenti & ab inteſtato caſtrenſe peculium poſſediſſe, ait Conſultus eum exemplo hæredis legitimi teneri perpetuo legata præſtare ad finem peculii: cæterum; ſi teſtamenti cauſam omiſit, cum peculium Creditoribus ſolvendo non eſſet, ait nil dolo feciſſe videri, licet temporis incurrat compendium, id eſt quod licet Creditores tunc ſolum ſint habituri actionem temporalem, qui contra patrem hæreditatem agnoſcentem perpetuam actionem haberent, tamen pater nil dolo facit, nec Creditores aliquod damnum patiuntur; ergo è converſo acquiſitio actionis perpetuæ pro temporali lucro non eſt, ſed contrarium verius eſt; nam lucrum continet perpetua actionis acquiſitio pro temporali, *l. quoties* 9. §. *item* 2. *junct.* §. *anteced. de administr. tut.* Nec contrarium probat argumentum, nam dico, quod etſi Creditor poſſit media litis conteſtatione temporalem actionem reddere perpetuam, tamen commodius eſt ei habere perpetuam actionem ex teſtamento cum illa ex negligentia ſua poſſit elapſo tempore extingui: hæc vero ſemper duret. Accedit & illud, quod temporalis non ſemper poteſt effici perpetua, ſemper contingit Creditorem velle litem conteſtari, & non poſſe forte ob abſentiam rei cujus nullus exiſtit defenſor, tunc ſane actio abſque culpa Creditoris finitur, & licet poſſit ex Edicto Prætoris reſtitui *d. l.* 1. §. 1. *l. ſed ſi* 21. §. *ait Prætor* 4. *ex quibus cauſis majores.* Tamen commodius eſt actionem ex ſua natura perpetuam habere, quia melius eſt intactam cauſam conſervari, quàm poſt eam vulneratam remedium quærere *l. ult. c. in quib. cauſ. in integrum reſtitutio neceſſaria, &c.* Nec obſtat *dicta lex* 17. §. 1. Nam Conſultus non negat damno affici Creditores ex eo quod Pater omiſſa cauſa teſtamenti ab inteſtato poſſideat peculium, nam ipſe fatetur efficaciorem eſſe actionem hæreditariam actione de peculio, cum hæreditaria ſit perpetua, & per eam ſolidum conſequantur Creditores; actio vero peculii ſit annalis, & Pater ſolum teneatur peculio tenus; ſed ait quod licet Pater acquirat Compendium temporis, nil dolo facit, & per conſequens reincidit in delictum, ſi quis omiſſa cauſa teſtamenti, quia non repudiavit hoc animo ut legatariis fraudem faceret, ſed ut à ſe depelleret fraudem & onus æris alieni, quod poteſt facere impune, & citra metum illius edicti, *l. Pap.* 8. §. Quarta 9. *de inoffic. teſtamento l.* 6. §. *ſi Patronus* 8. *ſi quis omiſſ. cauſ. teſtamenti, l. cum Pater* 67. §. *ſi titio* 31. *de leg.* 2. *ex ratione l.* 4. *de acquir. hæred.* ſic explicat Cujac. *lib.* 2. *de fin. Pap. in d. l.* 17.

Inſtabis tamen: ergo poſtquam Sacræ Conſtitu- 16
tiones fines actionibus omnibus dederunt ſtatuentes, ut actiones perpetuæ 30. annorum curriculo præſcribantur *principio inſt. de perp. & temp. act. l. ſicut* 13. *l. omne* 4. *Cod. de præſcrip.* 30. *vel* 40. *annorum* indiſtincte conſiſtit legatum debiti, nam actio ex teſtamento præciſe plus duratura eſt quam priſtina, cum tardius inceperit, unde tranſactis 29 annis ab ortu priſtinæ obligationis, uberrimum eſſe videtur legatum, cum pro priſtinâ actione, quæ jam eſt in extremis præſcriptionis, & per conſequens annalis, perpetuam lucretur Legatarius, ut dicebamus de debito actione temporali legato Creditori: ſed tamen ſunt hæc diſſimilia, aliud eſt actionem ſua natura eſſe annalem, qualis eſt prætoria, cujus ea eſt natura, ut ex qua oritur uſque ad diem qua ſpirat annus, tantum numeretur, aliud eſt Creditorem ſolum intra annum actione experiri poſſe, quia actio civilis licet ſit in extremis præſcriptionis perpetua ſua natura, & ejuſdem naturæ ac actio ex teſtamento, quæ nec magis civilis nec magis perpetua eſt in ſubſtantia, licet ob temporis intrinſecum accidens plus duret, proinde nil denuò Legatarius lucratur ex teſtamento, cum priſtinam actionem habeat æque civilem & perpetuam, ſed licet hæc ſolutio vera ſit, tamen quia animum non explet, puto poſſe dici, quod cum Debitor legat debitum Creditori, licet legatum non valeat, tamen præſcriptio curſum repetit ea ratione: nam quoties Debitor debitum agnoſcit, ſecundam cautionem præſtans, interrumpitur præſcriptio. *l. Cum noviſſimi* 7. §. *imo* 5. *verſiculo ſed ſi quis. Cod. de præſcrip.* 30. *vel* 40. *annorum, l. ult. Cod. de duobus reis*, imo quocumque modo debitum agnoſcat præſcriptio interrumpitur ut ſentit Accurſ. *in lege cum quis* 38. *de ſolutionibus*, in quam ſententiam inclinare videtur Cujac. *in recit. ad legem* 7. §. 5. Eam tuentur antiqui, quos refert & ſequitur Gom. *tom.* 1. *variar. cap.* 12. *num.* 8. *verſiculo, ex quo notabiliter*; unde cum ex legato debiti agnitum ſit à debitore debitum ex cauſa præſcriptione impedita, nullum lucrum percipit Creditor actione ex teſtamento, quod dici non poteſt de legato ejus, quod honnoraria actione debetur; ſed replicabis: actio ſubrogata in locum alterius ejuſdem naturam ſapit *l. ſi cum* 10. §. *qui* 2. *ſi quis cautionibus, in judicio* & eodem tempore durat *l. Sed & ſi* 26. §. *ſi feria* 7. *ex quibus cauſ. maj.* Ergo actio ex teſtamento quæ naſcitur ex legato ejus, quod honnoraria actione debetur, debet eſſe annalis, non perpetua. Reſpondeo ſtipulationem ſequi naturam actus cui adhæret, *l.* 1. §. 14. *ut legator. nomine*, & ideo actio ex ſtipulatu ſequitur naturam actionis injuriarum *in d. l.* 10. At actio ex teſtamento non ſubrogatur in locum priſtinæ actionis, ſed denuò naſcitur ob actionem priſtinam, & proinde ceſſat dicta regula. 1–

Pendet ex jactis principiis valere etiam legatum, ſi Debitor exceptione perpetua tutus Creditori le-

Digitized by Google

get debitum *d. l. ſi Creditori* 28. *in principio de leg.* 1. *dicta lege , ſi deportatis* 7. *§. fin. de leg.* 3. *d. l. ſi Creditor* 13. *de lib. leg.* quia commodiorem efficacioremque actionem Creditor acquirit; ſi is enim, qui exceptione perpetua tutus eſt, nec Debitor non eſt, cum ab eo initio exigi pecunia cum effectu nequeat *l. Is cui* 42. *§. fin. de O. & Act. l. Creditores* 10. *l. Creditor* 55. *l. Debitor* 18. *de verb. ſig. l. non verum* 13. *l. ſi quis* 15. *§.* 1. *de R. Juris*, *l.* 3. *§.* 1. *de conſtituta pecun. l. quæcumque* 14. *de compenſ.* Proinde cum legatum omnimodam libertatem exerceat, quæ perfectum lucrum affert Creditori legatario, cui remittere intelligitur exceptionem, ut ait Vulpianus *in d. l.* 28. ut dicimus de eo, qui patitur ſe delegari *l. ſi quis* 12. *l. doli* 19. *l. penult. de novat.* Quia nec legatum, nec delegatio valere poſſet, quin exceptionem debitor remittat: inde eſt quod legatum ſubſiſteret ob commodum remiſſæ exceptionis, qnod efficit ut in legato plus ſit quam in debito, cum priſtina actio omnino eſſet inefficax, quia nil intereſt an quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur, *l. nil intereſt* 112. *de reg. jur.* nec obſtabit, ſi dicas: qui conſtituit ſe ſolututum quod debet actione peremptoria, & perpetua munitus, inutiliter conſtituit, quia in debitum conſtiuit, nec remiſiſſe intelligitur exceptionem denuo conſtituendo *d. l.* 3. *§.* 1. *de conſtitut. pecun.* Ergo qui denuo legat, non intelligitur remiſiſſe exceptionem; nam reſpondeo quod conſtitutum requirit præciſe debitum antecedens naturali æquitate ſubnixum, cui adjicitur, & ideo non poteſt conſtitui debitum illud, quod elidi poteſt per exceptionem perpetuam, quia natura debitum non eſt; actio vero ex teſtamento non requirit actionem præcedentem efficacem, ſed potius exigit rem quæ legatur, eſſe indebitam; proinde legatum conſiſtit quia remiſſa creditur exceptio, ſicut & remiſſa intelligitur, ſi debitum illud, cujus non debitor tutus erat exceptione perpetuâ, in ſtipulationem fuerit deductum, *l. ſi dari* 25. *de V. O.* quia actio ex ſtipulatu per ſe conſiſtit, nec exigit debitum antecedens.

18 Sed illud ſe offert argumentum difficile, Debitor ſi exceptiooe perpetua tutus generaliter quod debet leget deſignata quantitate, vel ſpecie, nullius momenti videtur eſſe legatum ex eo, nam ſi quis ita legaverit, *lego titio quod ei debeo*, ſi nil debeat inutile eſt legatum *d. l. legavi* 15. *verſ. contra de liberat. leg. text. in lege ſi ſic legatum* 75. *§.* 1. *de legatis* 1. *argumento textus in §. ſed ſi uxori* 15. *in fin. inſt. de leg. l.* 94. *§. ult. de ſolut.* Ergo pariter inutile debet eſſe legatum, ſi Debitor exceptione perpetua tutus, quod debet, leget; nam in effectu nil debet, ut jam diximus, & probant textus *in lege ſed & partu* 12. *§.* 1. *l. item ſi cum exceptione* 14. *quod metus cauſa.* deinde difficile eſt, quod ait Vlpianus, ſcilicet debitorem perpetua exceptione tutum debitum ideo utiliter legare, quia intelligitur remittere exceptionem; nam cum actio ex teſtamento novam cauſam habeat à priſtina actione ſeparatam, fruſtra exigimus remiſſionem exceptionis, quæ nuſquam contra actionem ex teſtamento locum habet. Reſpondendum eſt omiſſo judicio Duar. *in d. l.* 28. *& Bartholi ibidem*, ideo legatum ita relictum, *lego titio quod debeo* inutile eſſe, ſi teſtator ei nihil debeat, quia non apparet quid, quantum legatum ſit; nam licet ſoleamus dicere falſam demonſtrationem legato non obeſſe. *l. Demonſtratio* 19. *l. falſa* 33. *d. C. & d. §. huic proxima* 30. *inſt. de leg.* tamen ut ex eis juribus conſtat, id tunc verum eſt, cum falſa demonſtratione inſuper habita conſtat ex perſona legatarii, & re legata, & defectu nil debere: at vero in propoſita ſpecie teſtator debet, non conſtat quid quantumve ſit relictum, quod non accidit, cum debitor exceptione munitus legat, quod debet, quia etſi inſpecto exitu & defectu nihil habere dicatur, tamen aliquo modo debet, & per conſequens conſtat de ſpecie, & quantitate legatâ, nec obſiſtit 2a. conſideratio, cui reſpondeo Conſultum non aſſerere intelligi debitorem remittere exceptionem, quia competeret aliquando contra actionem ex teſtamento, ſed ex eo quod cum exceptio competeret contra priſtinam actionem poſſet videri teſtatorem ſolum legaſſe debitum, prout ex priſtinâ actione debebat. Argumento textus *in lege ſi prior* 37. *de ſolut. Matr.* cui dubitationi occurrens ait teſtatorem non intelligi legare debitum, prout ante debebat, ſed exceptionem remittere, ne alias inanem efficeret actum, arg. text. *in lege ſi quando* 109. *de legatis* 1. *l. titia* 33. *§.* 1. *de leg.* 2. *cum vulg.* itaque ſi aliquis ſic arguat. Debitor exceptione tutus debitum legans creditur remittere exceptionem; ſed actio priſtina remiſſa exceptione efficax eſt *l. ſi unus* 29. *§. pactum* 2. *de pact.* Ergo non poteſt valere legatum, cui in eo non ſit plus quam in debito; Reſpondebis diſtinguendo majorem, creditur remittere exceptionem reſpectu actionis novæ, concedo majorem, reſpectu priſtinæ, nego majorem, ob dictam rationem.

Objicitur textus *in lege* 19. *§.* 4. *de donat.* ex 19
quibus intelligendus eſt textus *in lege quibus diebus* 40. *§. Dominus* 3. *de C. & D.* ubi Dominus ſervo ſic legavit. *Heres meus Sticho ſervo, quem teſtamento liberum eſſe juſſi aureos quos in tabulis debeo, dato.* Quærit Paulus an legatum conſiſtat, & ait; Namuſa ſcribit ſervum reſpondiſſe nil ſervo legatum eſſe eâ ratione, quia Dominus ſervo nil debere poteſt, ſed tamen concludit valere legatum, quia ſecundû mentem teſtatoris naturale magis, quam civile expectandum eſt: conſtat vero inter Dominum naturalem poſſe eſſe obligationem, *l. ſi suo ſervo* 83. *de ſolut. l.* 4. *§.* 1. *& fere per tot. de pecul.* unde infertur legatum ejus quod generaliter tantum debetur valere, quia obligatio naturalis actionem non producit, ſed retentionem, l. *Juris gentium* 7. *§. nuda* 4. *de pact.* Proinde lucrum maximum Creditor capit ex legato; ſed argues: *ex lege naturales* 10. *de O. & Act. l. fidejuſſor* 16. *§. naturales* 4. *de fidejuſſor.* In quibus docemur naturales obligationes non ex eo ſolum æſtimari, quod actio aliqua earum nomine competit, verum etiam quod ſoluta pecunia non poteſt repeti; ergo naturalis obligatio actionem producit, & per conſequens nil lucratur Creditor, cujus Debitor legat quod ei naturaliter debet, omiſſis variis interpretum conjecturis, dicendum eſt Jureconſultum non aſſerere obligationem naturalem actionem producere, ſed earum nomine actionem aliquam competere, quod accidit cum fidejuſſor accedit obligationi naturali, quo caſu contra fidejuſſorem efficax actio datur, quæ competit nomine obligationis naturalis, utpote ejus acceſſoria, quæ interpretatio probatur ex *d. l.* 16. *§. fidejuſſor* 3. ubi ait Conſultus fidejuſſorem accipi poſſe, quoties ſubeſt aliqua obligatio, ſaltem naturalis: deinde ſubjicit *in d. §.* 4. *naturales obligationes, &c.* indicat ergo duplicem obligatio-

nis effectum, adjectionem nempe fidejuſſoris & ſoluti reſtitutionem; illud monendum eſt non ſolum valere legatum quando debitor legat id, quod debet naturaliter expreſſa quantitate ut in *d. leg.* 40. §. 3. ſed etiamſi quantitatem non exprimat, ut ſuadet ratio juris *ſuperiori num.* fundata, & generalis ratio *d. l.* 40. §. 3. Cæterum ſi teſtator dixerit *ſatisfiat omnibus creditoribus*, tunc quia non relinquit legatum, ſed hæredibus ſolutionem commendat *l. ſervus* 69. §. *ſi teſtator* 2. *d. leg.* 1. hæredes, non tenentur ſolvere debita niſi illis creditoribus quibus efficaci actione teſtator erat obſtrictus, *argumento textus in l.* 94. §. *ult. de ſolut.* docet Barth. *in dicta leg. de lib. leg.*

20 Quæ doctrina eam recipit extenſionem ut valeat legatum ejus, quod naturaliter debetur, ut ſi naturali obligationi adjectus ſit fidejuſſor, nam licet fidejubens pro reo naturaliter obligato, civiliter obligatur creditori, tamen debitor efficaciter obligatur, & cum legat novum reum debendi creditori largitur, nempe hæredem ſuum, quod ſufficit, ut legatum ſubſiſtat, *l.* 3. §. *ult. de liberat. legata.* Unde deſcendit hæc quæſtio, an ſi debitor qui ex cauſa naturalis obligationis pignus tradidit, creditori debitum leget, valeat legatum, & quidem dicendum arbitror valere, nam licet verum ſit quod pignus dari poteſt pro naturali obligatione, *l. res hypotecæ* 5. *l. quæſitum* 14. *de pignor.* & quod creditor poteſt ſibi pignus datum retinere uſque dum debitor ei ſatisfaciat. *l. retentionem* 4. *l. pignoribus* 22. *Cod. de uſur. l.* 2. *Cod. de fiſcal. uſur. lib.* 10. tamen lucrum conſequitur ex liberalitate teſtatoris, cum ejus hæredem habet efficaciter obligatum, & contra eum poſſit efficaciter experiri actione ex teſtamento cum ex priſtina obligatione nullam habeat actionem; ſed replicabis: Creditor, ſi pecunia non ſolvatur, poteſt pignus diſtrahere, eo modo ſibi conſulere jure veteri juxta formam traditam in *l. cum ſolvendæ* 4. *l. creditoris* 8. *de diſtractione pignoris*, & jure novo juxta conſtitutionem *Juſtin. in l.* 3. *C. de jure dominii impet.* & ſic procedit etiam ex cauſa naturalis obligationis, ſelectus textus in *l. Paulus* 101. §. 1. *de ſolut.* ubi Cujac. *lib.* 15. *reſponſ. Pauli.* Ergo nullum commodum capit ex legato; reſpondeo verum eſſe jure antiquo potuiſſe creditorem pignus diſtrahere, prius denunciatione facta debitori, *l. creditor* 4. *Cod. de diſtr. pign.* ſed cum ſæpe contingeret emptorem non invenire, neceſſe erat principem adiri ad jus dominii interpretandum, *l. eligantur* 24. *de pign. act. l. debitor* 59. *ad Treb.* Unde cum his reſſecatis ambagibus, poſſit creditor, quod ſibi naturaliter debetur, ex cauſa legati conſequi, emolumentum lucratur, quod fortiori ratione dicendum erit poſt novam Juſtiniani conſtitutionem *in dicta leg.* 3. ex qua temporis lapſus & plura requiſita ad pignoris diſtractionem exiguntur.

21 Jam primum expoſuimus modum, quo fit, ut plus ſit in legato, quam in debito, nunc alterum explicemus, repreſentatio debiti validum, & utile reddit legatum, tunc vero dicitur debitum repreſentari, cum id quod ſub conditione, vel in diem debetur, purè legatur, ſi enim fit ut in legato ſit plus tempore *d. l. ſin autem* 29. *de leg.* 1. *d. l.* 7. §. *fin. de leg.* 3. *d. l. idem* 14. *de lib. leg. d. l.* 5. *verſ. quid ſi dies ad legem falc. d.* §. *ex contrario* 14. *inſt. de leg.* Et quidem conſtat lucrum maximum conſequi creditorem, cum debitor purè legat, quod ei debet ſub conditione, nam pendente conditione nil poteſt dici deberi, cum nec ceſſerit, nec veniret *dies, l. cedere diem* 213. *de verb. ſign. l. ſub conditione* 16. *l. qui promiſit* 48. *de conditione indeb. l. id quod* 19. *de conſtituta pecunia l. bovem.* 43. §. *pen. de Ædil. edict. l.* 16. §. *pen. de fidejuſſoribus.* Licet ſoleamus dicere eum, cui aliquid ſub conditione debetur, adhuc pendente conditione creditorem eſſe *l. is, cui* 42. *de obl. & act. l. in fraudem* 27. *qui, & à quibus. l. creditores* 10. *de verb. ſign.* non tamen propriè creditor dicitur, ut minus recte putabant Cujac. *lib.* 25. *obſ. cap.* 19. Ant. Faber *lib.* 15. *conject. cap.* 6. ſed minus propriè propter ſpem debendi *l. conditio naturalis* 54. *de verb. ſign.* §. *ex conditionali* 6. *inſt. de verb. obl. ut docet Ant. Gom. tom.* 2. *variar. cap.* 11. *num.* 25. Fragineus *lib.* 11. *controv. cap.* 74. *Off. lib.* 15. *Comment. Donell. cap.* 11. *litt. A.* quæ doctrina non ſolum vera eſt quando id quod debetur ſub conditione caſuali pure legatur, ſed etiam quando legatur id quod debetur ſub conditione poteſtativa ex his quæ in dando, vel in faciendo conſiſtunt, veluti ſi decem dederit, ſi monumentum conſtruxerit, ſi Inſulam fabricaverit, nam tunc videtur teſtator creditori remittere onus decem dandi, vel monumentum conſtruendi, vel Inſulam fabricandi. Unde creditor legatarius acquirit perfectum lucrum illius quantitatis, quam præſtare, vel impendere debebat, ut ex priſtino contractu efficitur, poſſet experiri, & in his terminis conditionis poteſtativæ poteſt intelligi Paul. in *dicta leg.* 29. *de legat.* 1. ubi ait valere legatum debiti, ſi modus quo affecta erat obligatio à teſtatore remittatur, licet habeat ſenſum, quem inferius indicabimus.

Ex quibus venit quæſtio diſputanda, an ſcilicet, conſiſtat legatum, ſi id, quod debetur ſub conditione poteſtativa facilis implementi, & quæ facilem exitum habeat, veluti ſi Capitolinum aſcenderit, ſi Alexandriam ïerit &c. pure creditori legetur, & quidem legatum hoc nullius momenti eſſe videtur probari efficaci ratione, quod ſub conditione poteſtativâ facilis implementi debetur, prope eſt ut purè debitum intelligatur cum ſit in arbitrio creditoris quandocumque conditionem implere & debitum perſequi: Ergo nullam utilitatem percipit creditor, & per conſequens legatum non conſiſtit; Antecedens probatur: filius ſuus hæres, qui utiliter non poteſt inſtitui à patre, niſi purè, poteſt inſtitui ſub conditione poteſtativâ. *l. ſuus* 4. *l. jam dubitari* 86. *de hæredibus inſt.* quia hujuſmodi conditio pro pura debet haberi, ut expreſſe ait conſultus in *l.* 1. §. *qui ſub conditione* 8. *ſi quis omiſſ. cauſa teſtamenti.* Ergo pariter ſub conditione poteſtativa debitum pro pure debito habendum eſt, quæ ratio videtur probari ex *l. ſi decem* 48. *de verb. obl.* ubi ſi quis ſtipuletur decem, *cum petierit*, ait Ulpian. quod hæc ſtipulatio magis habet admonitionem quamdam, quo Celerius reddantur, & ſine mora, quam conditionem, ergo ſentit actum ſub conditione poteſtativa geſtum pro puro haberi, ſed adhuc dicendum eſt legatum ejus quod debetur ſub conditione poteſtativa valere, nam non poſſumus non conſtituere diſcrimen inter eum cui purè debetur, & eum, cui ſub conditione debetur, 22

licet poteſtativa, facilius ſanè debitum conſequi poteſt qui purè creditor eſt, & natura ſua pura obligatio efficacior eſt conditionali, maxime cum nulla ſit conditio ita poteſtativa & facilis implementi, ut non poſſit reddi non poteſtativa & difficilis implementi, conditio *ſi Alexandriam ieris* poteſtativa eſt & hiemis conditio poteſt eam reddere difficilem *dicta leg. 4. §. 1. de hæred. inſt.* conditio *ſi Capitolium aſcenderit* in ultimo vitæ momento redditur difficillima, vel potius impoſſibilis, cum per alium impleri non poſſit, conditio *ſi voluerit* quæ maxime poteſtativa eſt & facillimi implementi poteſt deficere, ſi creditor voluntate non declarata decedat, quapropter maxime intereſt creditoris in ejus vita implere conditionem, alioquin perihit actio, cum conditio defecerit, quæ ab eo impleta non eſt, nec per hæredes impleri poſſet *dicta l. fin. de C. J. l. ſi ita 65. §. illi 1. de legatis 1. l. ſi ita 69. de C. & D.* ergo natura ipſa facilior, & expeditior eſt actione ex legato purè relicto, quam ex priori contracta conditionali, quamvis conditionis implementum ex voluntate duntaxat creditoris pendeat.

23 Nec contrarium ſuadent argumenta ſuperiora, nam reſpondeo quod licet id, quod debetur ſub conditione poteſtativa facilis implementi purè debitum videatur ex eo, quod eſt in arbitrio creditoris conditionem implere, & debitum conſequi, tamen non eſt purè debitum, ob rationes quas nuper expoſuimus, & probat textus in *l. 13. de acq. hæred.* Nec obſtat filium ſuum hæredem poſſe inſtitui ſub conditione poteſtativa; nam dico, ideo filium ſuum hæredem poſſe inſtitui ſub conditione poteſtativa quia licet in defectu conditionis inveniatur præteritus, tamen id ex ſua voluntate provenit, ut ait conſultus in *dicta lege 86. de hæred. inſt.* quod non contingit quando inſtituitur ſub conditione caſuali, vel mixta, tunc enim ut conſiſtat neceſſe eſt eum exhæredari in defectum conditionis. *l. Si pater 9. Cod. de inſt. & ſubſt. dicta l. 4. & 86. de hæred. inſt.* docent Donell. 6. *Comment. cap. 2. & 13. ubi eſſ. lit. G, cap.* 33. Acoſta *lib. 2. ſelect. cap. 1.* Sarmiento *lib. 2. ſelect. cap. 2. & 9.* Ant. Faber 2. *conject. cap. 2.* Larriategui 7. *ſelect. cap. 5.* Valent. 3. *illuſtr. tract. 3. cap. 5.* Itaque non ex eo recipitur inſtitutio filii ſub conditione poteſtativa, quæ pro pura habeatur, nam conſtat ipſos conſultos differentiam agnoſcere inter filii inſtitutionem factam purè & eam quæ ſub conditione poteſtativa concipitur, ita ut filius ſuus hæres purè inſtitutus à morte patris illico hæres exiſtat ipſo jure. *l. in ſuis 11. cum vulgo de lib. & poſth.* filius vero inſtitutus ſub conditione non aliàs ſuus hæres fiat quam ſi conditionem impleat, *l. filius 16. de lib. & poſth. dicta l. 11. in fin. l. Cornelius 69. de hæred. inſt. l. verba. 12. de C. J. l. conditionibus 5. de C. & D.* Unde ex eo potius infertur commodiorem eſſe actionem ex legato purè relicto, priſtina obligatione ſub conditione poteſtativa contracta. Difficilior videtur textus in *l. 1. §. 8. Si quis. omiſſa cauſa teſtamenti.* Si ei jungas regulam textus in *l. qui pot. 174. de R. juris ibi qui poteſt facere ut poſſit conditioni parere, jam poſſe videtur.* Sed reſpondeo ſententiam conſulti in dicto §. 8. dum aſſerit conditionem poteſtativam pro pura haberi non eſſe generaliter accipiendam, ſed reſtrictè & limitatè in caſu de quo loquitur, qui ſic ſe habet: Is, qui ab inteſtato ſuccedere poterat, inſtitutus fuit ſub conditione poteſtativa, cui non paruit, ut ab inteſtato poſſideret hæreditatem, quærit Ulpian. an incidat in edictum id eſt, an legatorum præſtationi ſit obnoxius? Et reſpondet incidere ea ratione, quod talis conditio debet haberi pro pura, quæ ſic explicanda eſt; illo edicto, is qui omiſſa cauſa teſtamenti ab inteſtato poſſidet hæreditatem callido conſilio, ut fraudem faciat legatariis, cogitur legata præſtare proinde ac ſi ex teſtamento adiiſſet cum potuiſſet ex teſtamento adire, unde in edictum incidit qui conditioni poteſtativæ ſub qua fuit inſtitutus callide non paruit, quia hæc inſtitutio habetur pro pura, id eſt, quia ſicut ſi purè inſtitutus fuiſſet poſſet adire, ſic & potuit, cum fuit inſtitutus ſub conditione poteſtativâ, illo tamen obſervato diſcrimine, quod purè inſtitutus illico poſſet adire, ſub conditione vero poteſtativa inſtitutus non aliàs, quam impleta conditione, ſed tamen hoc etiam caſu edicto tenetur, quia conditionis implementum ex ſua pendet voluntate. Unde non dixit conſultus inſtitutionem eſſe puram, ſed haberi pro pura, quæ nota improprietatis ſtat etiam in *l. 174. de reg. jur.*

Ad augmentum difficultatis deductum ex *dicta lege 48. de V. Obl.* dicendum eſt, quod quoties aliqui ſtipulantur decem, cum petierit hæc ſtipulatio nullam habet conditionem nec quidem poteſtativam, ſed purè concepta eſt, ut expreſſe probatur ex *l. Si ita quis 135. in principio & §. 1. de V. Obl.* quod provenit ex voluntate contrahentium & clauſula *cum petiero* adjicitur, ut admoneatur debitor de pecunia reddenda, quo Celerius reddat & ſine mora, ubi primum creditor petat. Adjicitur ergo ne res differatur creditori, ex quo conſtat ſtipulationem reddere conditionalem nam omnis conditio adjicitur rei differendæ cauſa, *§. ſub conditione inſt. de V. Obl.* Hæc vero clauſula *cum petiero* non apponitur in cauſa differendæ ſolutionis in favorem promiſſoris, ſed contra, ut res reddatur in favorem ſtipulantis, ideo conditionalis non eſt obligatio ſed pura, ſicut & legatum, ſeu fidei-commiſſum relictum *cum petierit* purum eſſe dicitur, & non conditionale, *l. Titia de cond. & dem.* quæ doctrina ex eo confirmatur, nam licet adjectus differat petitionem *§. omnis 2. inſt. de V. Obl.* Si tamen non adjciatur differendæ ſolutionis cauſa, ſed potius repreſentandæ aut multiplicandæ obligationis cauſa, pura eſt obligatio nec differtur petitio *l. liber homo 118. §. decem 1. l. eum qui 56. §. qui ita 4. de V. Obl. §. ſi ita 3. inſt. eod.* Docet Don. *in dicta l. 48.* ſola ſtipulatio operarum ita concepta *tot operas promittis cum petiero* conditionem habet ut non ante debeantur operæ quam petantur, *l. cum Patronus 22. de oper. libert.* ubi hæc ratio redditur quia & ſi purè promitteretur, idem juris eſſet ex regula textus in lege *opera 7. de uſu & uſufruct. legat. cum ſimilibus.* Notat Cujac. *in dicta l. 48.* ex quibus jam conſtat non ideo purè eſſe obligationem *in dicta l. 48.* quod concepta ſit ſub conditione poteſtativa, ſed ex eo quod nulla conditio adjecta ei fuit, ſed ſola debitoris admonitio in favorem creditoris, & manet pendente conditione poteſtativa nihil deberi. 24

Opponi tamen noſtræ doctrinæ poteſt difficilis textus in *lege petitor 30. de lib. legat.* Ubi qui agebat petitione hæreditatis, vel poſſeſſor hæreditatis, cum quo eodem judicio agebatur dam- 25

Digitized by Google

navit hæredem ſuum ne centumvirile judicium exerceret, id eſt, juſſit hæredem à judicio deſiſtere; quæritur an valeat legatum hoc? Et diſtinguit Paulus, aut malam cauſam adverſarius teſtatoris habuit aut bonam, ſi malam cauſam habuit ita ut litigante hærede vinci debuerit, utile eſt legatum, eoque continetur ut victus hæres ei cedat litem, ejus emolumentum præſtans, & prætereaur refundat ei omnes ſumptus litis; at vero ſi bonam cauſam habuit nulla eſt utilitas legati, nec propter ſumptus litis, licet quidam conſultus contrarium putaverit, tunc ſic pendente judicio, quamvis bona ſit cauſa nil adhuc certè deberi dici poteſt, & certum eſt meliorem eſſe cauſam creditoris, cui debitor ſolvere paratus eſt quam ejus, cujus creditum eſt ſub alea judicii, licet bonam cauſam habeat, & tamen legatum non conſiſtit ex eo, quod is qui bonam cauſam habet, prope eſt ut vincat, ergo pariter nec conſiſtet legatum ejus, quod ſub conditione poteſtativa debetur, cum tunc prope ſit ot creditori pure debeatur, reſpondendum eſt quod quando evidenter abſque ullâ dubitatione ſtatim apparet bonam cauſam eſſe legatarii actoris, utile eſt legatum, quia debitum purè legatur, cum jam conſtet rem eſſe actoris vel ei deberi, cujus bonam cauſam eſſe dicimus, nec quod poſſit adhuc injuria judicis condemnari actor, & ſi bonam cauſam habeat, ſufficit ad legati conſiſtentiam; inhoneſtum eſt enim habere rationem ejus, quod injuria judicis contingere poteſt, ut in non diſſimili caſu aïebat Pap. in *l. eo tempore* 50. *de peeul.* ubi Cujac. *quæſt. Pap.* Nec etiam propter ſumptus poteſt conſiſtere legatum, nam cum conſtat, teſtatorem temerè litigaſſe, ſumptus litis actori reſtituendi, aut reſarciendi ſunt ab hærede, *l. cum* 79. *de Jud. l. qui* 78. *§. etiam* 2. *de leg.* 2. *l. non ignoret* 4. *C. de fruct. & lit. Exp.* §. 1. *in fin. inſt. de pæna temerè litig.* Caſſiodor. *lib.* 4. *variar.* 6. *litium expenſas judicio ſuperatus exſolvat, quia tunc dantur fomenta deteſtabilis jurgii cum improbi vincuntur illæſi*, ſi vero ſtatim non appareat bonam cauſam habere actorem valet legatum, ob periculoſum litis eventum, argum. textus *in l. quod debetur* 51. *de pecul. l.* 1. *verſ. id eſt, in id de ſolutionib.* quâ etiam ratione conſiſtit legatum, ſi id, quod debetur ſub conditione poteſtativa purè legetur, ut diximus, nec contrarium probat textus in *l. filius* 43. *de teſtamento milit.* ubi filius-familias equeſtri militia ornatus confeſtim accingi juſſus eſt, teſtamentum de peculio caſtrenſi facere poteſt, cum tamen ſolus is, qui cinctus eſt, & habitum ſuſcepit militarem poſſit teſtari jure militari. *l. Titius* 25. *l. quod dicitur* 38. §. 1. *de teſtamento milit.* nam ut advertit Cujacius 6. *reſponſ. Pap. in dicta lege* 43. ex indulgentia Principis id benigne receptum eſt, ut non ſolum cinctus, ſed & cingi juſſus teſtari de Caſtrenſi peculio poſſit cum beneficia Principis, quam latiſſime interpretanda ſint. *l.* 3. *de conſtitutionibus Principum.*

26 De temporis commodo ſuccedit diſquiſitio; ſi ergo id quod debetur in diem veluti poſt annum vel biennium purè legetur, valet legatum *dicta lege* 79. *l. hujus* 48. *§. ſi temp.* 2. *de lege* 1. *dicta l. debitor* 82. *de leg.* 2. *l.* 1. *§. ſi quis* 10. *l.* 5. *ad legem falc. d.* §. 14. *inſt. de legat.* quibus legatum dicitur conſiſtere ob commodum interuſurii ſeu repræſentationis. Quod ſic ideo dicitur, quia Celerius ſolvitur Cicer. Philip. 2. *Ego libenter corpus obtulerim, ſi repreſentari morte mea libertas civitatis poſſet, id eſt accelerari ſalus publica*, nam licet creditor ſit is, cui aliquid in diem debetur, & ex obligatione in diem collata ſtatim actio oriatur, & cedat dies *dicta lege* 213. *de V. S.* tamen exercitium actionis ſuſpenditur, & differtur uſque ad diei adventum *l. certi* 9. *de A. cred. l.* 44. §. 1. *de O. & Act. l. qui hoc* 42. *de V. O. cum ſimilibus*, ita ut qui ante diem agit, præmature, male, & perperam agere dicatur, *l.* 118. §. 1. *de V. O. l.* 2. *§. qui ita* 6. *de eo, quod certo loco lege unica in fin. quando dies uſufruct. legat. ced. §. ſi quis* 33. *inſt. de Act.* Unde creditor ex legato non leve ſentit lucrum, cum illico ante diei adventum agere poſſit, ſed licet legatum hoc valeat ob interuſurium, conſiſtit in tota debita quantitate, quia commodum illud ineſt integræ quantitati, & univerſum debitum obligatum repreſentatur, unde actione ex teſtamento tota quantitas peti poteſt, quia quamvis tota quantitas commodum legati non ſit, tamen commodum legati ita ineſt debitæ quantitati ut ab ea ſeparari non poſſit, qua ratione quod petitur commodum interuſurium præciſe petitur pecunia ipſa, in cujus præſenti ſolutione commodum conſiſtit expreſſus textus *in l.* 82. *de leg.* 2. diverſum eſt, ſi plus legaretur quam debebatur, veluti ſi is, qui centum aureos debebat, 500. legaverit, nam tunc cum ſeparationem recipiant 400. aurei non debiti à 100. debitis, legatum ſolum conſiſtit in debitis arg. textus *in l. ſi pæna* 19. *§. ult. l. cum duo* 25. *de conditione indeb.* nec enim utile per inutile vitiatur in rebus, quæ diviſionem, & ſeparationem recipiunt *l. ſi mihi* 110. *de V. O. §. quod ſi quis* 5. *inſt. de inutilib. ſtip.* ubi videndus noſter Pichard.

Sed ſic argues quoties obligatio in diem con- 27
fertur, ſi debitor ſtatim ſolvat, nec poteſt repetere rem debitam, quam ſolvit, nec interuſurium *l. in diem* 10. *de cond. indeb.* Ergo debitor in diem non ſolum illico debet quantitatem, ſed interuſurium, & proinde legatum non poteſt conſiſtere præter interuſurium. Reſpondeo, verum eſſe debitorem ſolventem ante diem nil repetere poſſe, cum ſortem ipſam repetere non poſſit, nec etiam poterit repetere interuſurium; argumento textus in *l. eos.* 26. *eod. de uſur.* Docet Barth. *in l.* 1. *de condit. indeb. & in l.* 10. *de jure & fact. ignor.* Baldus *in dicta lege* 1. *angel.* & Salicetus *in dicta lege* 10. quorum ſententia vera eſt, licet contrarium ex Jaſone, & aliis teneat Duar. *in paraph. ad tit. de condit. indebit. cap.* 5. Cujus fundamentis ſatisfacit Robert. *lib.* 1. *ſent. cap.* 26. quem refert *off.* 14. *Comment. cap.* 11. *litt. B.* unde licet verum ſit, eum qui ſolvit ante diem, plus ſolvere *l. Javol.* 15. *de annuis legat. l. ait Prætor* 10. *§. quoties* 2. *ſolut. matrimon. l. ſi mandavero* 22. *in principio &* §. 1. *l. fidejuſſoribus* 51. *mandati. l. ſi fidejuſ.* 31. *de fidejuſſor. d.* §. 33. *inſt. de A.* quod ſufficit ut conſiſtat legatum; cum purè legatur, quod in diem debetur, tamen ſolventi ante diem repetitio dari non poteſt cum ipſam ſortem principalem repetere non poſſit, cui ineſt interuſurium, ut ſupra dixi. Deinde ſic argues: fiſcus quod ſibi debetur, poteſt ante diem à debitoribus ſui debitoris, & per conſequens multò magis à ſuis debitoribus petere, *l.* 1. *cod. de condict. ex le-*

ge: ergo ſaltem ſi legetur pure fiſco, quod ei in diem debetur, inutile erit legatum, ſed licet communiter doceant Interpretes fiſcum ob publicam egeſtatem, quæ ſemper urgere præſumitur poſſe debitores ſuos ante diem convenire, ut ex pluribus antiquis tenet Coſta 1. *Select. cap.* 15. Certius eſt fiſcum non poſſe convenire debitores ſuos ante diem ſed potius pecuniam, quam debitor fiſcalis reddit mutuam aufert, & avocat à debitore ſui debitoris nulla habita ratione dilationis, quam debitor fiſcalis dederat ſuo debitori, quare agit remedio extraordinario conditionis ex lege, actionis realis ad inſtar propter privilegium hypotecæ quod obtinet in bonis ſuorum debitorum, *l.* 3, *l. pecunia cod. de privil. fiſc. l.* 3. *Cod. quando fiſcus, vel privatus* ita text. *in dicta lege* 1. intelligit Amaya in *l. juſtas* 6. *Cod. de jure fiſc. num.* 10.

28 Acriter nunc expendes; & ſubtiliter (ni fallor.) textus *in dicta lege* 30. *de lib. leg.* ubi ſi debitum, de quo erat controverſia legetur adverſario, qui bonam cauſam habet, inutile dicitur eſſe legatum, cum tamen commodum interuſurii legatum hoc contineat, quod ſic oſtendo. Licet adverſarius bonam cauſam habeat & victoriam reportet, tâmen reus condemnatus non debet illico ſolvere, quia in ſententiâ comprehenſum eſt, cum ei humanitatis cauſa tempus indulgeatur, intra quod ſolvat, ſcilicet jure veteri tempus 30. dierum ex *l.* 12. *tab. l.* 2. *l. intra dies* 7. *de re judic. l. cum militi* 16. §. 1. *de compenſat. l. ſi debitor* 21. *de judiciis.* Hodie vero ex conſtitutione Juſt. quadrimeſtre tempus, *l.* 2. *& ult. cod. de uſuris rei jud.* Forneſius *lib.* 2. *ſelect. cap.* 15. At vero ex cauſa legati illico rem conſequeretur creditor legatarius, & tamen licet adſit commodum interuſurii, decidit Paulus legatum non valere. Ergo ſentit non valere lègatum, ſi id quod in diem debetur pure legetur; licet adſit commodum medii temporis. Reſpondeo quod licet verum ſit, tam veteri quam novo jure condemnatis ex humanitate indulgeri tempus ad ſolvendum, tamen id procedit in judiciis, ſeu actionibus perſonalibus, non vero in actionibus in rem, id fundat Duaren. in *l.* 2. *de re jud.* Ant. Faber *lib.* 7. *conjectur.* Giſan. in *l.* 25. *de O. & A. num.* 27. Menochius de Arb. *caſu* 28. *& alii*, quos refert & ſequitur *oſſ.* 27. *com.* Donell. *cap.* 4. *litt. B.* Ea optima ratione, nam facilius res aliena reſtitui poteſt, quam pecunia explicari, ideo in judiciis realibus, judicis officium eſt ut ſtatim jubeat rem à Domino reſtitui, niſi poſſeſſor dicat, ſe non poſſe reſtituere in præſenti; ubi ſi ſine fruſtratione id dicat, tempus ei arbitrio judicis indulgendum eſt, §. 2. *inſt. de offic. jud.* Unde cum Paulus loquatur de actione in rem, nullum interuſurium legatum continet, quod ex ipſo textu liquet, ubi petitor, vel poſſeſſor damnavit hæredem ſuum ne centumvirale judicium exerceret, quæ omnia arguunt actionis realis inſignia, nam petitor is dicitur, qui actione reali experitur, *l. actio* 28. *de O. & Act.* deinde, & actio in rem adverſus poſſeſſorem intenditur *l. actionum* 15. *verſ. in rem eod.* tandem conſtat conſultum agere de petitione hæreditatis, quæ centumvirali judicio peragebatur. *l. fin. cod. de hæred. petita oſſ.* 19. *Comment. cap.* 15. *litt. A.* quapropter ſi bonam cauſam habet adverſarius, nullum interuſurium continetur in legato, cum condemnato in judicio nullum tempus ad reſtituendum indulgeatur.

29 Sed licet hae ratione aut interpretatione admiſſa, Pauli deciſio mire ex juris noſtri penetralibus acuta videatur, tamen eam veram eſſe puto etſi de judicio perſonali diceretur, aſſeroque inutile eſſe legatum, ſi debitum, ſuper quo controverſia, legetur adverſario bonam cauſam habenti, ut conſtat ex dictis *num.* 25. Nec tunc obſtat illa conſideratio, nam etſi verum ſit judicio perſonali condemnatis ex humanitate tempus indulgeri, tamen idem tempus indulgeri debitori confitenti, & ſolvere parato *expreſſ. tex. in l.* 21. *de jud.* non tantum ideo quod confeſſi in jure pro judicatis habentur *l.* 1. *de confeſſ. l. unic. eod. cod.* Sed multo magis quia auxilio dignior eſt, qui bonam fidem agnoſcens ultrò de intentione creditoris eſt confeſſus, quam qui litigare mallens vexavit adverſarium. Docet Donell. in *l. cum qui* 41. §. 1. *de V. Ob. num.* 34. *cum* 3. *ſequentib. & lib.* 15. *Comment. cap.* 7. Unde hæredi ex cauſa legati convento, & ſolvere parato, idem temporis beneficium tribuitur, *l. ſi domus* 21. §. *in pecunia* 2. *de leg.* 1. *l. quod dicimus* 105. *de ſolutionib.* ubi verba illa cum aliquo temperamento temporis ſunt accipienda de tempore, quod condemnatis indulgetur, ex quo infertur, quod ſi debitum ſuper quo adeſt controverſia, lègetur bonam cauſam habenti, nullam utilitatem continet legatum, cum idem temporis intervallum indulgeatur hæredi ex cauſa legati convento, & ſtatim quod ei indulgeretur ex priſtina cauſa condemnato.

30 Ex quibus ea apud veteres orta fuit quæſtio, an legatum ejus quod in diem vel ſub conditione debetur, inutile reddatur, ſi vivo teſtatore dies venerit, aut conditio extiterit? exiſtimabant aliqui inutile reddi legatum, nam ea quæ ab initio conſiſtunt irritantur, ſi perveniunt ad illum caſum, à quo incipere non poſſunt. *l. propter* 21. *de ſervit. inſt. de noxalibus act.* Legatum vero ad eum caſum pervenit, à quo incipere non poteſt, ſed tamen obtinuit ex ſententia *Pap. ind. l.* 5. *ad legem falc.* quam confirmat Juſtin. *in d.* §. 14. *inſt. de legatis*, non extingui legatum ea ratione, quod ſemel conſiſtit, quæ non ſic accipienda eſt, quaſi ſufficiat ab initio conſiſtere legatum, ut ſemper duret, nam ſemper contingit legata ab initio utilia ex ſupervenienti caſu infirmari, ſed potius ita eſt explicanda, legatum hoc ab initio non ſolum conſiſtit in interuſurio ſed & in ipſâ ſorte principali debita, licet enim non ſit tota ſors commoditas legati, tamen interuſurium ineſt toti debitæ quantitati: ergo quamvis interuſurium ceſſaverit, debet adhuc in principali debito legatum conſiſtere. Nec obſtat regula in contrarium adducta, nam reſpondeo eam perpetuam non eſſe, quin imo & contrariam regulam reperiri, quæ definit negotium ab initio utiliter geſtum durare, etiamſi ille caſus extiterit à quo initium capere non potuiſſet *l. in omnibus* 85. §. 1. *de reg. jur. l. penult.* §. *ult. de V. Obl.* At ut hæ regulæ concilientur, illa diſtinctio adhibenda eſt, ſi negotium omni ex parte perfectum eſt, & nil ad conſummationem deſiderat non infirmatur etſi ille caſus extiterit, à quo incipere non potuiſſet. *l.* 8. *de his qui ſunt ſui vel alien. l. oratione* 16. §. *ult. de rit. nupt. cum aliis.* Si vero negotii geſti jus adhuc pendeat & ad plenam ejus perfectionem adhuc aliquod amplius deſideretur, tunc ſi caſus interveniens talis ſit ut impediat ut commiſſum negotium ad finem producatur, quod ante geſtum eſt, extinguitur

l. 6. §. irritum 5. cum ſequentib. de injuſt. rupt. cum vulg. Si vero caſus ſuperveniens non impediat continuationem, negotium geſtum adhuc durat, *l. 6. §. 1. l. is cui 18. qui teſtamenta fac. poſſ.* Late Don. *in d. l. pen. §. ult. de v. o.* Ex eadem ratione negotium adhuc durat & non extinguitur legatum in præſenti, quia licet deſit commoditas intetuſurii & repreſentationis, tamen nulla in jure abſurditas, & repugnantia eſt, ex eo quòd eadem res debeatur ex priſtina actione, & recentiori ex teſtamento. Deinde diei adventus, vel conditionis exiſtentia non modo non impedit quo minus legatarius ad rem legatam perveniat, ſed etiam facit quo magis eam conſequatur, & per conſequens non impedit legati conſtitutionem, & in hac re Paulus à cæteris diſſenſiſſe dicitur *ex l. 82. de leg. 2.* ut agnoſcunt fermè omnes Interpretes, rejectis ſubtilibus ſolutionibus quas tradit Accurſius Pacius. *Centur. 6. quæſt. 18.* quem ſequitur *Off. lib. 8. cap. 11. litt. R.* Zamora *de leg. cap. 7. num. 11.* Val. *lib. 3. illuſt. tract. 5. cap. 22. num. 1.* Ad hujus rei explicationem, ſeu illuſtrationem conducit elegans textus *in l. grege 8. §. idem Jul. 7. & §. contra 10. de fidejuſſoribus.*

31 Deinde conſiſtit legatum debiti, ſi legati nomine melior fit conditio creditoris in cauſa v. g. promiſit aliquis Titium aut Pamphilum alternative, ei utpote debitori competit electio utrum malit præſtare *l. ubi autem 75. §. qui illud 8. de verb. obl. l. plerumque 10. §. fin. de jur. dot.* Si is qui debet ſcilicet Titium, aut Pamphilum alternativè creditori legaverit, per vindicationem legatum valet duplici modo tum quia commodiorem actionem nanciſcitur creditor, tum etiam quia electionem quam ante non habebat acquirit, cum enim legatum per vindicationem relinquitur, electio legatario competit, *l. planc 34. §. pen. de leg. 1. l. Titio 23. de legat. 2.* Quod non leve commodum eſt *§. ſi quis agens 33. verſ. huic autem qui loco inſt. de act.* pari ratione ſi debitor generis cui competit electio, quam malit ſpeciem dandi, *l. cum is 31. §. ult. de condict. indeb. l. fidejuſſorem 52. mand. l. qui ex pluribus 106. de verb. obl.* debitum creditori legaverit, ſubſiſtit legatum tum propter vindicationem, tum etiam ob electionem, quam conſequitur, quia cum genus ob vindicationem legatur, electio legatario competit, *l. ſi ſervus 108. §. cum homo 2. de leg. 1. §. ſi generaliter 21. inſt. de leg.* Ubi commutitet notant interpretes ex qua lucrum quærit, cum poſſit eligere ſervum mediæ eſtimationis *l. legat. generaliter 37. de legat. 1.* quin imo etſi in obligatione genericâ, vel alternativa ſibi electionem creditor conſtituerit vel conſervaverit, ut in ſerie textus in *l. ſi is, qui 66. de procurat. d. l. 75. §. 8. de verb. obl.* ſi tamen debitor ei leget debitum per vindicationem, tenet legatum, non propter electionem, ſed propter vindicationem, idem dicendum eſt quod legati nomine melior ſit conditio creditoris loco *d. l. 29. de leg. 1.* Exempli cauſa, promiſiſti mihi dare decem Epheſi, cum ego Romæ morarer, & mea plus intereſſet pecuniam Romæ habere, vel ob majores uſuras, vel ob aliam cauſam, ſi mihi legaveris quod debes ita ut Romæ præſtetur valet legatum, tum propter ſumptus quos ex priſtina cauſa facerem in exportandis nummis, tum etiam propter utilitatem, id ex eo probo, nam licet is cui certo loco pecunia debetur, poſſit alio loco *dic. §. 33. verſ. loco inſt. de act.* tamen vel augetur, vel minuitur condemnatio ſi debitoris intereſt loco deſignato ſolvere habita ratione ejus utilitatis condemnatio minuitur, ſi vero creditoris intereſt loco conſtituto ſibi pecuniam ſolvi, creſcit condemnatio *l. 2. de eo quod certo loco*: Ergo cum intereſt creditoris pecuniam ſolvere loco deſignato, uberrimum eſt legatum. Aliam etiam utilitatem continet hoc legatum, nam omnis obligatio, cui locus adjicitur, ex re ipſa dilationem habet & tempus tacite complectitur, quo ad locum deſignatum perveniri poſſit *d. l. 4. §. qui & ſtipulatur 6. de eo quod certo loco. l. continuus 10. 37. §. cum ita ſtipulatur 2. de verb. obl. §. loca 6. inſt. eod. l. recuſare 6. §. ult. ad Treb.* Ergo cum alio loco legatur, medii temporis commodum creditor lucratur, & per conſequens debet valere legatum perinde ac conſiſtit ſi id, quod in diem debetur, purè legatum fuerit.

Alius etiam adeſt modus, quo legati nomire 32
melior efficitur creditoris conditio & tunc legatum debiti utile eſt>, veluti ſi debitor creditori debitum leget, & pignus pro eo conſtituat, tunc ampliorem ſecuritatem debiti creditor nanciſcitur, cum ultra perſonalem actionem poſſit etiam actione in rem experiri contra quemcumque rei pignoratæ poſſeſſorem, *l. pignoris 17. de pignor. cum vulg.* huc facit juris regula, quæ habet plus cautionis in rem, quam in perſonam *l. plus cautionis 25. de reg. jur. l. 1. §. 1. de ſuperficiebus.* probatur etiam ex eo, nam durior eſt conditio debitoris ſub pignore debentis, quam ejus, qui ſine pignore debet *l. ea magis. l. in his 5. l. cum pluribus 92. de ſolutionibus*; ergo è converſo melior eſt conditio creditoris hypotecarii quam chirografarii, & per conſequens utilitatem acquirit creditor, cui debiti nomine teſtamento debitor pignus conſtituit. Ab argumento idem probatur ex *l. 1. §. 1. de lib. leg. d. l. ſi mulier 3. §. ult. de legat. 3.* ubi ſi creditor leget liberationem debitori, aut remiſſionem pignoris, utile eſt legatum, docet Amaya *lib. 2. obſ. cap. 14.* rem ſuam à nexu pignoris immunem debitor accipit ut dicebam *num. 4.* Ergo è converſo quando debitor creditori pignus teſtamento conſtituit, utile debet eſſe legatum, unde recte dixit Ulpianus *l. non eſt mirum 26. de pig. act.* generaliter pignus teſtamento conſtitui poſſe, indicans non ſolum pignus conſtitui poſſe teſtamento nomine legati quando res non debita legatur, ut in *l. fundus 9. de ann. leg. l. Lucius Titius 12. de alim. leg.* ſed etiam nomine ejus, quod ex alia cauſa debetur tandem lucrum ex ea cauſa acquirere creditorem ex eo probatur, nam ſi debitor uni ex creditoribus in fraudem cæterorum creditorum pignus conſtituat per actionem revocatoriam pignoris conſtitutio reſcinditur *l. quod autem 6. §. apud Labeonem 6. in fin. l. ait Prætor 10. §. cui ſolutum 13. l. cum in vetus 22. quæ in fraud. cred.* nec aliud probat textus in *l. illud conſtat 13. eod.* nam ut ibi advertit Cujac. *lib. 68. Paul. ad edictum*, procedit, cum ab initio creditori pignus erat conſtitutum. Ex his infertur hodie poſt novam Juſtin. conſtitutionem in *l. 1. Cod. communia de leg.* fere omni caſu valere legatum debiti, nam ex hac conſtitutione omnes res teſtatoris tacite hypotecæ ſupponuntur legati nomine, & legatarius poteſt actione hypotecaria experiri, ergo ſi antiquo jure valebat legatum debiti, quando ejus nomine teſtamento debitor conſtituebat pignus ſuperreale, quia majori ratione debet ho-

Digitized by Google

die indiſtincte conſiſtere, cum ex eo creditor tacitam hypotecam in rebus omnibus defuncti acquirat. Idem alia ratione vineitur poſt illam conſtitutionem ad cujuſque legati conſecutionem ultra actionem perſonalem competit legatario in rem actio; ergo indiſtincte debet conſiſtere legatum debiti, conſequentia patet ratione quia actionis in rem emolumentum creditor requirebat, ut ſæpe diximus, unde ut hodie legatum debiti ſit inutile requiritur creditorem habere jus pignoris in omnibus bonis debitoris à debitore, vel à lege conſtitutum & debitorem rei debitæ dominum non eſſe, tum enim nullum lucrum ſentit creditor in actione hypotecaria, nec naſci poteſt rei vindicatio.

33 Sed ſic arguet aliquis, etiam jure antiquo legatariis competebat actio hypotecaria ut probatur ex *l. creditoribus* 4. §. 1. *de ſeparat.* Ergo ante conſtitutionem Juſt. indiſtincte conſtitit; ſed facilis eſt ſolutio. Negandum eſt antiquo jure competiiſſe legatariis hypotecariam actionem, textus enim *in d. l.* 4. Etſi qui ſint alii ſimiles expreſſe loquuntur de prætorio pignore.quod conſtituitur legatariis miſſis in poſſeſſionem bonorum hæreditariorum legatariis ſuorum ſervandorum cauſa, ut conſtat ex *l.* 1. *& per tot. ff. & Cod. ut in poſſeſſ. legat. l. miſſo* 12. *pro emptore.* Docent Cujac. in recitatione ad dictam *l.* 9. *de ann. leg.* Pich. *in §. noſtra autem* 3. *inſt. de legatis num.* 8. Illud notandum eſt, licet legatarius habeat jus hypotecæ tacitum, non tamen præfertur creditoribus chyrographis, legata enim adhuc quibuſdam ex teſtamento militis debetur deducto ære alieno *l.* 1. *§. denique* 18. *ad Treb. l.* 1. *§. quibuſdam* 12. *ſi cui pluſquam per l. falc. §. cum autem ult. inſt. de leg. d. l. falcid.* optime textus in *l. debitorem* 15. *Cod. de pignor.* ut recte contra Accurſ. in *l.* 5. *ut in poſſeſſione leg.* obſervant omnes Interpretes. Itaque illud ſolum commodum ex jure hypotecæ acquirit legatarius, ut ſecurum habeat creditum. Verum quod dixi legata deberi deducto ære alieno, fallit ſi legatum ſit debitum his ſcilicet caſibus quibus tale legatum valere dixi, tunc enim eadem erit creditoris legatarii conditio cum cæterotum creditorum conditione.

34 Jam modos omnes expoſui, quibus plus eſt in legato, quam in debito & per conſequens conſiſtit legatum debiti à debitore creditori relictum, nunc advertendum eſt his omnibus caſibus actionem quæ oritur ex datione legati, non eſſe acceſſionem priſtinæ actionis ex contractu, ſed æque principalem, & ultra hanc creditori competere, nec enim per legatum obligatio priſtina novatur, quæ doctrina ex eo probatur, nam ſi actio ex teſtamento eſſet acceſſio priſtinæ obligationis, legatum debiti conditionalis purè relictum peti non poſſet ante exiſtentiam conditionis, cum nulla poſſit eſſe obligatio acceſſoria, ubi non ſubeſt principalis obligatio *l. gracè* 8. *§. illud* 7. *verſ. item accepto de fidejuſſor. l.* 1. *§. ſi quis ſub conditione* 14. *ut legat. nom. caveat.* pariter ſi per legatum priſtina novaretur obligatio, legatum debiti conditionalis peti non poterit antequam exiſtat conditio *l. ſiſtichum* 8. §. 1. *de noval.* atqui legatum debiti conditionalis, ſtatim peti poteſt, ergo nec actio ex teſtamento eſt acceſſoria priſtinæ obligationis aut actionis, nec per legatum prior novatur obligatio; deinde aliàs deficiente conditione deficeret legatum. Denique probatur id expreſſo textu *in l. ſi quis legatum* 6. *§. ſi patronus ult. ad leg. corn. de falſ.* ubi etſi inutile fiat legatum, ſupereſt tamen priſtina actio.

Pro coronide animadvertendum eſt confeſſionem debiti factam in teſtamento vel in Codicillis non probare debitum; unde is in cujus favorem confeſſio facta fuit, ſi velit priſtina actione experiri, tenetur debitum probare per legitimas probationes publici inſtrumenti, vel teſtium; ſi tamen victus fuerit, poterit ex teſtamento agere ut probant textus *in l. ſi ſic legatum* 75. *§.* 1. *de leg.* 1. *l. cum quis* 10. *de leg.* 2. *§. Titia* 6. *l. Lucius* 93. *§.* 1. *de leg.* 3. *l. Lucius* 88. *§. quiſquis* 10. *de leg.* 2. *l. Aurelius* 20. *§. pen. & ult. de lib. legat. l. qui uxori* 18. *de aur. & arg. leg. l. qui teſtamento* 27. *de probationibus.* Docent plures quos refert & ſequitur Ant. Gom. *tom.* 1. *variar. cap.* 12. *num.* 81. ſed ſi confeſſio fuerit jurata, propter religionem, & autoritatem jurisjurandi, debiti probationem inducit *d. l.* 37. *§. Codicillis* 5. *d. l.* 3. multum vero intereſt, an is, cujus intuitu, ac favore confeſſio ab ipſo teſtatore facta fuit ex debito agat, an agat ex legato, nam ſi ex debito agit, omnino præfertur legatariis, vel fidei-commiſſariis, & debitum integrum conſequitur, licet hæreditas ſolvendo non ſit, niſi hæres inventarium fecerit poſt novam conſtitutionem Juſtin. *in l. fin. Cod. de jur. delib.* Si vero ex cauſa legati, vel fideicommiſſi experiatur deducto ære alieno admittitur, & aliquando diminutum legatum accipiet, ſi hæreditas in ea cauſa ſit, ut lex falcidia locum habeat, aliquando nil percipit, ſi forte hæreditas omnino ſolvendo non ſit juxta dicta *num.* 37. & hæc de legato debiti à debitore creditori relicto. 35

CAPUT II.

De legato debiti ab extraneo creditori relicto.

DIximus huc uſque de legato debiti à debitore creditori relicto, ſuccedit nunc diſputatio de legato debiti non à debitore, ſed ab extraneo creditori relicto: & quidem ſi non ipſe debitor, ſed extraneus, ut debitor liberetur, creditori legaverit, quod ipſi debetur, valet legatum in perſona debitoris, quaſi totius quantitatis relictum, & in perſona creditoris, quia ipſius intereſt duos reos habere debendi, qui tantum ex priori obligatione contra veterem debitorem poterat experiri, ioaniter ſanè & ſine effectu actio redderetur, cum poſt teſtamentum poſſit ab hærede teſtatoris extranei rem debitam conſequi, quam ante teſtamentum ab eo non poterat extorquete expreſſus textus *in l. liberationem* 3. *§. fin. de lib. leg.* Itaque uterque legatarius eſt, & habet actionem ex teſtamento, creditor ſcilicet & debitor, quia ad utrumque commodum legati ſpectat, ſed ſi creditor ex teſtamento agat, non aliter hæres condemnari debet, quam ſi ei caveatur adverſus debitorem defenſum iri, ſi vero agat debitor, hæres non tenetur ei legatam rem præſtare, ſed ſolum eum contra creditorem defendere *l. quid ergo* 4 *de lib. leg.* cujus diſcriminis ea eſt ratio, nam teſtator creditori rem debitam legavit, debitori vero ſolum liberationem, juſſit enim ejus nomine, & ut ipſe liberaretur, hæredem debitum ſolvere, ad quam partem ſpectant textus *in l. ſi cum dotem* 22. *§. ſi pater* 3. *ſoluto matrim. l. Titia* 34. *§. qui in vita* 5. *de leg.* 2. In quibus 1

Pater qui dotem genero pro filia conſtitueret, ſoluto matrimonio divortio egit contra generum in vita, vel abſente filia abſque ejus conſenſu, unde injuſtè egit, nam actio de dote communis eſt inter patrem & filiam, ejus patrimonium dotis eſt. *l. 2. §. ult. ſolut. matrim.* & aliquando ſoli filiæ competit ſi ſcilicet ſoluti matrimonii tempore ſui juris ſit, *l. 22. §. eo autem 5. l. Titia 34. ſolut. matrim. l. Pater 71. de evict.* docet Cujac. *in l. unic. §. accedit & alia Cod. de rei uxor. act.* Quandoque vero ſoli patri competit, ſi ſcilicet ſtipulatus fuerit dotem ſibi reddi ſoluto matrimonio *l. quoties 29. ſolut. matrim.* Fab. *4. conject. cap. 9.* in noſtro vero caſu nulla ſtipulatio intervenit, itaque injuſte egit pater, & filiæ manet indemnis actio de dote contra maritum qui injuſta indebitæ dotis ſolutione liberatus non fuit. *l. qui hominem 34. §. ſi gener. 6. de ſolut.* Pater qui dotem exegerat tantumdem pro dote male exacta filiæ legavit, & reſpondetur legatum valere, licet eadem quantitas filiæ debita legetur, & non amplius, ratio eſt, quia licet filia poſſet experiri actionem de dote contra maritum, non tamen contra patrem, vel ejus hæredem, valet ergo legatum, quia novum reum debendi acquirit filia ex teſtamento, ſcilicet hæredem patris, qui ipſe tenetur, & quidem non ut maritus in quantum facere poſſit *l. non tantum 20. de re jud. cum ſimilibus.* ſed in ſolidum, qui, ſi legatum relictum non fuiſſet, non teneretur.

2 Sed argui poteſt ex eleganti Ulpiani deciſione. *l. ſi cui 49. § ſi Titio 4. de leg. 1.* ubi qui Titio 100. debebat, legavit eadem centum Caio, & ab eo debitam quantitatem creditori Titio per fidei-commiſſum reliquit, quærit conſultus an fidei-commiſſum creditori relictum à legatario valeat? & non valere reſpondet quia nihil creditoris intereſt; tunc ſic: En ubi ſi hoc fidei-commiſſum conſiſteret novum reum debendi creditor acquireret, ſcilicet legatarium, quem ante teſtamentum nullo jure obligatum habebat. Ergo falſo diximus, ob intereſſe novi creditoris legatum valere. Cujac. *15. quæſt. Pap. in l. Titio 71. §. Titio 1. de C. & D.* & in recit. *ad l. 49. §. 4.* aſſerit controverſiam ſuper hac re fuiſſe inter Julianum & Marcellum, Julianus enim putabat legatum non conſiſtere propter intereſſe novi debitoris, Marcellus vero cujus ſententia prævalet contra ſentit, ut patet ex *dicta l. 3. §. ult. de lib. legat.* ubi eo nomine Julianum notat Marcellus, & cenſet eandem notam Marcelli addendam eſſe *ad d. §. 4.* quia quod Ulpian. in eo refert eſt ex libro Jul. ut conjecturetur ex *§. Julian. 6. ejuſd. l. 49.* hac ſolutione omiſſa & alia Accurſii, quam ſequitur Arias de Meſa *2. var. reſol. cap. 9. num. 9.* dicendum eſt optima juris ratione in ea ſpecie fidei-commiſſum in perſona creditoris non valere, nam ſi ſubſtitueretur maxime propter novum legatarium debitorem, qui ex teſtamento de novo obligabatur, ſed nil intereſt creditoris eum de novo obligari, cum ſi hæres non ſit ſolvendo, non poſſit contra eum efficaciter experiri ad conſequendum debitum, quia legatarius cedendo actionem quam habet contra hæredem, liberatur, neque enim in plus debet damnari, quam quod ei ab hærede ſolutum eſt. *l. Imp. 70. de legat. 2. l. ſi legatarius 6. de leg. 3.* Unde in effectu unum tantum debitorem habet, quem & alias haberet, hæredem ſcilicet qui ſolvendo non ſit, inanem redderet actionem, itaque creditoris non intereſt à quo petat, an ab hærede an à legatario, qui eſt veluti miniſter hæredis, ſic docet, licet ſic non explicet Duaren. *in dicta l. 49. §. 1.*

3 Sed advertendum eſt *in d. §. 4.* fidei-commiſſum propter hæredem ſuſtineri, quem defendere tenetur legatarius contra creditorem, quod etiam docetur *in §. quod ſi idem 7. l. 49.* Difficile tamen id videtur, nam hæredi inſtituto nec legatum nec fidei-commiſſum relinqui poteſt *§. an ſervo 32. inſt. de legat. l. legatum 116. §. 1. de leg. 1.* ſed reſpondeo quod ratio ob quam fidei-commiſſum hæredi relinqui non poteſt, ea eſt ſcilicet ne concurrat actio, & paſſio in eodem ſubjecto circa eandem rem neve qui in univerſum jus hæreditatis ſuccedit, iterum Dominus rei legatæ fiat, quæ deficit in præſenti, cum fidei-commiſſum à ſemetipſo non capiat, ſed à legatario, qui ei obligatur actione legati ad præſtationem fidei-commiſſi, itaque quod per ſe capere non poſſet, à ſemetipſo capere poteſt per mediam perſonam legatarii argum. textus *in l. ult. de lib. & poſth. l. utrum 9. de aſſig. libert. cum ſimilibus.* Verum huic ſolutioni obſtat textus *in l. Lucius 88. §. Scæv. 13. de legat. 2.* ubi quidem ſejo 100. legavit & fidei ejus commiſit, ut ea ancillæ ipſius teſtatoris reſtitueret, quærit conſultus an legatario hæredi cujus eſt ancilla centum reſtituere compellatur? & reſpondet non ſolum non compelli, verum nec ipſum petere legatum poſſe, cum tamen hæres non à ſemetipſo ſed à legatario fidei-commiſſum perciperet; reſpondendum eſt ideo *in d. §. 13.* fidei-commiſſum non conſiſtere quia fruſtratorium eſſet hæredi una manu recipere, quod altera dedit, *l. qui ſic 55. de ſolut.* ut conſiderat Duar. in *dicta l. 49. §. 4.* at vero in noſtra ſpecie hæres non agit, ut pecunia ſibi reddatur, quam dedit legatario, ſed ut ipſum legatarium defendat contra creditorem, quæ ſolutio probatur ex lege *ſi à me 29. ad falcid.* ubi ſi legatarius rem ſibi legatam poſt tempus rogetur hæredi reſtituere, conſiſtit fidei-commiſſum, quia fruſtratorium non eſt hæredi poſt tempus recipere quod dedit.

4 Deinde poteſt argui ex alio Ulpiani reſponſo *in l. fidei-commiſſa 11. §. interdum 22. de leg. 3.* ubi teſtator fidei hæredis commiſit ut ipſe publicanum pro Titio præſtaret, & ait conſultus fidei-commiſſum non conſiſtere in perſona publicani, ſed ſolum in perſona debitoris, ergo legatum debiti ab extraneo creditori relictum inutile eſt, licet afferat commodum novi debitoris, Accurſius & Goffred. cenſent publicanum eſſe nudum executorem in tributorum, & vectigalium exactione, & ideo legatarium non eſſe, quia ejus nil intereſt novum reum debendi intercedere, ſed falluntur, nam publicanus non eſt nudus executor, ſed publicorum tributorum conductor certo pretio Principi, ſeu populo ſoluto, ut probatur ex *l. 1. §. 1. l. 11. §. ult. l. 13. §. 1. de pub. & vectigal.* quapropter ejus intereſt novum reum debendi habere. Deinde etſi daremus, publicanum eſſe nudum executorem, tamen ex eo ſequeretur ſolum debitorem legatarium eſſe, nam poſſet princeps vel reſpublica eos admittere ad legatum, cum eorum intereſſit novum debitorem acquirere, dicendum itaque eſt, quod quando extraneus jubet hæredem pro debitore creditori ſolvere, non ſemper creditor legatarius eſt, non quia nihil lucratur, ſi legatarius eſſet, lucraretur enim novum reum debendi, ſed quia non ſem-

per teſtator vult, eum legatarium eſſe, inſpiciendum eſt, cui proſpicere voluit teſtator an debitori an vero creditori, ſi utrique proſpexit uterque legatarius eſt, ſi ſoli debitori proſpexit, & ejus tantum contemplatione legavit, is ſolus legati petitionem habet, non creditor quia ei proſpicere noluit teſtator, ex quo jam apparet ratio, ob quam publicanus legatarius non eſt *in d.* §. 22. quia ut ait conſultus plerumque creditur teſtatorem, non publicani ſed debitoris gratia legare, cum nemo liberalis erga publicanum eſſet; eſt enim genus hoc hominum omnibus inviſum, ut conſiderat Cujac. *lib.* 16. *quæſt. Pap. in dicta l.* 71. §. 3. *de C. & D.* quia enim publicani in miſeros debitores fiſcales deſæviebant. Ita inviſi fuerunt, an qui ut hoc genus hominum malo publico notum cenſerent tum propter immoderatam cupiditatem, tum propter rapinas & violentias, ut ex aliis eruditè obſervat Amaya *in l.* 2. *Cod. de exact. trib. lib.* 10. *num.* 7. *cum* 3. *ſequentib.* Publicanus itaque non ideo eſt legatarius, quod nihil lucraretur, acquirit enim novum debitorem, ſed quia creditur teſtatorem ei proſpicere noluiſſe; unde ſi ipſe probaverit teſtatorem ſibi conſuluiſſe, habebit legati petitionem ut inſinuat Ulpian. *in d.* §. 22. nam in caſu claro præſumptionibus locus non ſupereſt *l.* 25. §. 2. *de leg.* 3. juxta hæc intelligo textum *in l. uſufructu* 52. *de uſufr.* ubi Modeſtinus dicit quod in uſufructu legato, *ſi tributa ejus rei præſtentur* uſufructuarius ea probare debet ex reg. textus *in l. uſufruct.* 7. §. 2. *l. ſi pendentes* 27. §. 3. *de uſufructu & l. quæro* 28. *de uſufruct. l.* ex ratione textus *in l. Imperatores* 7. *de public. & vectig.* addit tamen hanc exceptionem, niſi ſpecialiter nomine fidei-commiſſi teſtatori placuiſſe probetur, hæc quoque ab hærede dari, quo caſu etiam obligatus erit fructuarias argum. textus *inter debitorem* 42. *de pact.* ſed poterit ex cauſa fidei-commiſſi experiri contra hæredem ut eum defendat contra tributorum executorem, argum. textus *in l. Epiſtola* 52. §. *pen. de pact.* Docet Donell. *lib.* 10. *cum cap.* 13. unde ſi quæratur aliquis an publicanus legatarius ſit in hac ſpecie, idē reſpondendum eſt quod diximus *ex d. l.* 11. §. 22. *de leg.* 3.

5 Confirmatur hæc ſolutio ex *l. ſervo legato* 69. §. *ſi teſtator* 2. *de legat.* 1. ubi teſtator juſſit nominatim ex hæredibus inſtitutis, unum æs alienum ſolvere, quæritur an contra hæredem nominatim creditoribus in ſolidum competat actio ex teſtamento? Videbatur dicendum hoc legatum valere & per conſequens ex teſtamento actionem creditoribus competere quia plus eſt in eo quam in debito, creditores enim ex priſtina obligatione non poſſunt contra hæredes ſingulos in ſolidum experiri cum ex *l.* 12. *tab.* hæreditatis actiones in ſingulos hæredes pro hæreditariis portionibus deſcendant diviſæ *l. ea quæ* 6. *Cod. famil. ercisc. l. pacto* 26. *Cod. de pact. l.* 1. *Cod. ſi cert. pet. l.* 2. *Cod. de hæred. act.* Donell. *lib.* 7. *Comment. cap.* 11. Ex teſtamento vero poſſent contra hæredem gravatum in ſolidum experiri, non amiſſa veteri actione, quod ſane commodius eſſe evidenter probatur ex *l. ult. rem pupill. ſalv. fore l. & Ancillarum* 27. §. *final. de pecul. l. jam tamen* 5. §. *ſi tamen* 7. *judic. ſol. l.* 3. *famil. ercisc.* Verum conſultus decidit, non creditores ſed cohæredes habere actionem contra hæredem gravatum, cujus ea eſt ratio, quia teſtator proſpicere noluit creditoribus, ſed onus æris alieni ſolvendi uni ex hæredibus injunxit favore & intuitu cæterorum, ut eos exoneraret, unde non ideo creditores non ſunt legatarii, quod ſi eſſent, nil lucrarentur, ſed ex defectu voluntatis teſtatoris, ex qua doctrina intelligendi ſunt textus ejuſdem ſpeciei *in l. nomen* 34. §. *Pater ult. de legat.* 3. *l. non ſolum* 7. §. *ſed ſi duobus* 3. *de lib. leg.* ubi creditoribus non competit actio, ſed cohæredibus contra hæredem gravatum, ut eos defendat contra creditorem, quod & traditur *in l. etſi filia* 20. §. *Pap.* 5. *& idem Pap.* 8. *famil. ercisc. ex d.* §. 5. Expreſſivè probatur ſententia; ait enim quod ſi uni ex hæredibus onus æris alieni injungitur citra ſpeciem legati officio judicis familiæ ercisc. cognoſcentis, cogitur cavere ſe cohæredes ſuos indemnes præſtaturum, ergo ſupponit quod ſi uni ex hæredibus æris alieni onus injungeretur per ſpeciem legati, id eſt, ſi teſtator creditoribus ipſis legaret ab uno ex hæredibus quod ipſis debebatur, tunc non ſolum cohæredibus ſed creditoribus actio ex teſtamento competeret ex jam dicta ratione, qui eſt vetus ejus ſenſus, nec eſt neceſſe cum Azone, Accurſ. & Fab. quos ſequitur Larreategui 4. *ſelect. cap.* 16. *num.* 3. aſſerere quod ut ibi valeret legatum debiti ab uno ex hæredibus creditori relictum, ſubaudiendum eſt adjectum fuiſſe commodum aliquod repræſentationis, aut verioris actionis.

Itaque ut legati, vel fidei-commiſſi petitio competat ei, cujus nomen teſtamento adſcriptum non eſt, non ſufficit ejus intereſſe ſed exigitur teſtatorem de eo ſenſiſſe & ei legare voluiſſe, inde explicatur textus *in l.* 49. §. *ſed ſi* 5. *de leg.* 1. ubi quia fidei-commiſſum non valuit in perſona creditoris, juxta ea quæ dixi *num.* 2. intelligi relictum omnibus quorum intereſt legatum ſolvere, & liberari ideo ejus petitio, non ſolum hæredi, ſed & fidejuſſori competit, relictum enim proponitur fidei-commiſſum creditori à legatario, ut liberaretur hæres & fidejuſſor, proinde utriuſque contemplatione relictum intelligitur, ex eodem fonte pendet explicatio textus *in d. l.* 11. §. *plerumque* 10. *& ſic evenit* 21. *de legat.* 3. *in* §. 20. Docet conſultus plerumque evenire multorum intereſſe id, quod relinquitur, & teſtatorem uni ſolum voluiſſe legare, cujus rei exemplar ſuppeditat textus ſuperioribus numeris explicatus mox *in* §. 21. ait inde evenire interdum, ut ſi teſtator pluribus honorem habere voluit, & de pluribus ſenſit, licet uni legaverit, tamen ad perſecutionem ejus plures admittuntur, & apponit exemplum, veluti ſi id, quod Titius debebat in ſolidum pluribus reis ſtipulandi: Caïus legavit nominatim uni ex creditoribus in perſona creditoris, cui legatum relictum eſt, valere non dubitatur, cum ipſius interſit habere alium reum debendi, hæredem ſcilicet; in aliis vero creditoribus, ſeu reis ſtipulandi quorum mentionem ſtipulator non fecit, dubium aliquod conſiderari poterat, ſed quia teſtator de omnibus creditoribus ſenſiſſe patatur, & de facto ſenſit, ut ex verbis textus conſtat & uni legavit ut debitor ab omnibus liberaretur, valet legatum in perſona omnium creditorum, quorum intereſt, licet eorum nomina teſtamento adſcripta non fuerint, verum licet omnibus competat legati petitio, tamen is qui feſtinaverit, ut legatum in ſolidum conſequatur, cavere debet hæredi ſe eum deffenſurum contra cæteros legatarios, ſeu ſtipulandi reos; ſolutione enim una hæres ab omnibus liberatur, ſicut & liberaretur debitor ex veteri cauſa §. 1. *inſt. de duobus reis l.* 2. *eod.* ſic eleganter hujus §. ſpeciem proponit

Digitized by Google

proponit Cujac. 17. *quæſt. Pap. in d. l.* 71. §. 3. *de C. & D. & lib.* 14. *obſerv. cap.* 26. conducit & textus *in d. l.* 3. §. *conſequenter* 4. *de lib. leg.* Ubi cum duo eſſent rei debendi ejuſdem obligationis ſocii, teſtator uni ex eis liberationem legavit, conſtat lucrum ad utrumque pertinere, oam reus ille præciſe liberandus eſt per acceptilationem ut pater ex antecedenti §. liberato vero eo per acceptilationem in conſequentiam quoque Coreus liberaretur: Quæritur ergo an ille ſocius, cujus nomen teſtamento ſcriptum non eſt habeatur pro legatario & ait conſultus habendum eſſe pro legatario ſi ejus etiam contemplatione, & gratia liberationem teſtamento legaverit, licet teſtamento ſcriptus non ſit.

7 Reſtat ſanè adhuc exponendus Ulpianus in calce *d. l.* 69. §. 2. *de leg.* 1. Ubi ait quod ſi Pater filiæ nomine genero aut ſponſo dotem præſtare juſſerit, ſponſus vel gener legatarius non eſt quamvis ejus intereſt dotatam habere uxorem, ſed filia ſolum agere poteſt ex teſtamento cujus maxime intereſt, unde contingit legati petitionem non habere eum cujus nomine teſtamento ſcriptum eſt, quia non contemplatione ipſius, ſed alterius legatum relictum eſt cui deciſioni obſtare videtur ex Diametro Pap. *in d. l.* 71. §. *Titio genero* 3. *de C. & D.* Ubi in eadem ſpecie ſcribit utrumque legatarium eſſe, filiam ſcilicet & generum quia utriuſque intereſt dotem fuiſſe legatam, marito, ut onera matrimonii ſubleventur, filiæ ut dotata eſſe inciperet quod & traditur *in d. l.* 48. §. *ſocer* 1. *de jure dotium*, ſed reſpondendum eſt *in d.* §. 2. *d. l.* 69. conſultum in ſuperioribus verbis loqui de eo qui juſſerat Creditoribus debitum ab uno ex hæredibus ſolvere, unde progreditur, & alias caſum ſimilem appoſuit, ſi ſcilicet Pater juſſerit filiæ nomine genero dotem debitam ſolvi quam ei Pater promiſerat, loquitur in principio de eo, qui debitum ſolvi juſſerat; unde eſt in calce de dote debita, & promiſſa genero quam filiæ nomine hæres ſolvere juſſus eſt, loquitur, in qua ſpecie eleganter decidit, legatum in perſona generi nullam utilitatem continere, cui Dos debeatur ex ſtipulatu & adverſus hæredem eo nomine poſſit experiri, in perſona vero filiæ valet legatum, quia ex ſuperiori obligatione Pater genero obligatus fuit, non filiæ. *l. ſi Pater* 5. *Cod. de dotis promiſſione*, ſed ſi filia agat ex teſtamento vel probare debet patrem utrique præſtare voluiſſe, & legatum ex teſtamento, & dotem ex contractu, vel ſi hoc non probet, ſi vult legatum conſequi cavere debet hæredi eum eo nomine contra Maritum defenſurum, ſed ſi Maritus priſtina actione egerit, dotem debitam conſequitur abſque ulla cautione, etſi poſt ea filia agat ex teſtamento, hæres oppoſita exceptione ſolutæ dotis immunis erit à ſecunda præſtatione, cum teſtator eum duplici dotis præſtatione gravare noluiſſet, quod conſtat ex eo, quod Pater expreſſe dotis nomine vel dotem ipſam promiſſam genero filiæ legat, *l. cum Pater expreſſe* 29. *de jure dot. l. hujuſmodi* 84. §. *cum Pater* 6. *de leg.* 1. Si vero ſimpliciter Pater filiæ legatum reliquit abſque ulla dotis mentione, filia legatum conſequitur ex teſtamento & Maritus dotem actione ex ſtipulatu *l. ſi Pater* 4. *de dotis collat.* quod edictum de alterutro ſolum obſervabatur in legato dotis à marito debitore uxori relicto *l. unic.* §. *primum* 3. *Cod. de rei uxor. act.* ut conſtabit ex infra dicendis, textus vero *in d. l.* 71. §. 3. *& in d. l.* 48. §. 1. Procedunt cum ſocer, qui dotem non promiſerat genero, ei nomine filiæ dotem legavit, quo caſu uterque legatarius eſt, docent Barboſa in *l. ſi cum dotem* 12. §. *ſi Pater* 3. *num.* 39. *ſolut. matr.* Cujac. in recit. *ad l.* 69. §. 4. *& lib.* 17. *quæſt. Pap. in d. l.* 71. §. 3. *& lib.* 2. *Jul. ad edict. in d. l.* 48. §. 1. Amaya *lib.* 2. *obſ. ration. cap.* 4. *n.* 25.

8 Verum licet hæc ſolutio poſſit ſuſtineri, poteſt melius reſponderi dictis Juribus. Si vehementer inhæreamus verbis utriuſque conſulti; ait Ulpian. *in d.* §. *ſi teſtator* quod ſi filiæ nomine pater generò dotem dari juſſerit, gener legatarius non eſt, optima ſane ratione, cum teſtator dumtaxat filiæ comtemplatione legaverit, nec generum voluerit eſſe legatarium, itaque non ideo non eſt legatarius, quia ſi eſſet nil lucraretur, cum maxime ejus interſit uxorem dotatam habere, ſed quia teſtator ei proſpicere noluit, quod idem in antecedenti caſu contingit reſpectu Creditorum, ut dixi *num.* 5. *in d.* §. *Titio genero.* Pater genero centum legavit, non filiæ nomine, ſed nomine dotis filiæ, non legavit genero inſpecta ſolum perſona filiæ, ſed inſpecta quoque generi perſona, eo animo ut dotale fieret lucrum ex legato perceptum à genero. Unde ideo in utriuſque perſonâ legatum conſiſtit, quia erga utrumque liberalis eſſe voluit teſtator Nec tunc obſtat textus *in d. l.* 48. §. 1. *de jur. dot.* ubi ſocer genero ſuo ita legavit: *Lucio Titio filiæ meæ nomine centum heres meus damnas eſto dare.* Et tamen uterque legatarius eſt, gener ſcilicet & filia, nam reſpondeo differentiam eſſe conſtituendam inter caſum, quo Pater legat dotem filiæ nomine, & caſum, quo non dotem, ſed quid aliud veluti certam quantitatem genero legat filiæ nomine: primo caſu legatum ſolum conſiſtit non in perſonâ generi, ſed in perſonâ filiæ *d.* §. *ſi teſtator.* Secundo caſu conſiſtit legatum in perſonâ utriuſque *d. l.* 48. §. 1. Cujus ea eſt ratio, cum Pater genero legat filiæ nomine dotem, hæc adjectio filiæ nomine non ſubjicitur, ut totale fiat lucrum perceptum ex legato, id enim ex ipſo dato legato ſatis conſtabat, ſed potius ut oſtendatur ſolum filiæ contemplatione legatum relinqui, unde non gener ſed filia legatum petere poteſt. Cum vero pater non dotem, ſed quid aliud, veluti certam quantitatem filiæ nomine genero legat, clauſula illa *filiæ nomine* adjicitur, ut dotale fiat lucrum perceptum ex legato, alias enim ſi ea non adjecta ſocer quantitatem legaſſet genero filiæ nomine, pecunia ex legato exacta non fieret dotalis, nec eam filia ſoluto matrimonio petere poſſet, non vero adducitur, ut ſolius filiæ contemplatione legatum relictum intelligatur, cum potius utriuſque gratia pater legaverit, & per conſequens utriuſque legati petitio competit quæ doctrina ex eo probatur, quod *in d. l.* 48. §. 1. tota quæſtio in eo ſolum vertitur, an pecunia dotalis fiat, necne? Quod non tetigerunt prædicti interpretes ſuperiori ſolutione contenti; dicet tamen aliquis, Pater filiam dotare tenetur juxta facultates ſuas, & dignitatem mariti *l. cap.* 19. *de ritu nupt. l. dotem* 6. *de collat. bonor. l. ult. C. de dot. promiſſ.* Docent plures congeſti à Valeur. *lib.* 3. *illuſt. tract.* 5. *cap.* 2. *num.* 12. Ergo legatum dotis à patre filiæ relictum inutile eſſe debet, cum in eo plus non ſit, quam in debito; Reſpondeo quod licet Pater dum vivit filiam dotare teneatur, tamen teſtamento dotem ei relinquere non tenetur, cum tantum legitima ſua debeat eſſe contenta, quæ, ſi teſtamentum Pater faciat eſt quarta pars

ejus, quod ab inteſtato caperet quocumque titulo ei relicta ſit. *l. 2. §. 6. & 10. cum ſeq. de inoff. teſtam.* D. Retes in adverſariis *de inoff. teſtam. cap. 16. num.* 11. quapropter ſi filia abinteſtato patri ſuccedit dotem conferre tenetur *l. 1. §. filiam* 8. *l. 3. de dot. prælegat.* Unde qui filiæ dotem legat, licet non adjectâ quantitate, multum ei legat, cum eam dotari jubeat pro modo facultatum ſuarum, & dignitate mariti *l. cum poſt 69. §. gener 4. de jur. dot.*

9 Adverſus id, quod ſupra diximus, legatum debiti ab extraneo Creditori relictum propter intereſſe novi debitoris ſubſiſtere, ſic argui poteſt: nullum lucrum Creditor conſequitur, licet acquirat novum reum debendi, ergo inutile debet eſſe legatum; Antecedens probatur ex parum noto ad rem textu in *l. de die* 8. *§. ſi ſervus 2. qui ſatiſd. cog.* ubi reus, qui judiciis in rem cavere tenetur actori ante litem conteſtatam, dato fidejuſſore judicatum ſolvi, dedit ſervum fidejuſſorem, quem actor liberum putabat, ait Paulus ſuccurrendum eſſe actori etiam majori 25. annis ut ei ex integro caveatur, & idoneus fidejuſſor detur, quia in facto erravit; progreditur, & ait minori quoque 25. annis & mulieri ſuccurrendum eſſe per imperitiam, id eſt ſuccurrendum, licet in jure erraverint exiſtimantes ſervum recte fidejubere poſſe; hæc eſt textus ſeries, quæ nunc ſic expendi poteſt, licet minoribus tam in jure quam in facto, errantibus non ſolum in damnis, ſed in lucris ſubveniatur, *l. ait Prætor 7. §. hodie 6. l. non omnia 44. de minor. l. quamvis 11. Cod. de jur. & fact. ignor. d. l. 11. Cod. eod.* Fæminis tamen in jure errantibus, ut & maribus legitimæ ætatis in damnis ſolum amittendæ rei ſuæ ſubvenitur, non in compendiis vel lucris *l. Juris 7. l. error* 8. *de Jur. & fact. ignor. d. l. 11. Cod. eod.* Sed mulieri, quæ in jure errans ſervum fidejuſſorem accepit, ſubvenitur, quod fidejuſſoris acceptio lucrum non affert, & per conſequens non intereſt duos reos habere debendi. Prævidit difficultatem Cujac. *lib. 19. quæſt. Pap. in d. l. 7. de jur. & fact. ignor. circa fin. & lib. 14. obſ. cap.* 39. Et reſpondit fidejuſſoris acceptionem lucrum quidem eſſe, ſed non adeo magnum, ut illud invidere oporteat mulierculæ ejus jus ignoranti, ut probatur ex *l. 1. in principio ut in poſſ. legat. junct. reg. text. in l. 9. §. ult. de jur. & fact. ignor. l. cum quis 10. Cod. l. error 9. ad l. falcid. cum ſimilibus.* Et ea ratione Paulus *in d. l.* 8. §. 2. Cum ſecurè docuiſſet minori ſubvenire, adjicit verè eundem mulieri quoque ſubvenire ut conſtat ex illis verbis *fortaſſe & mulieri* quibus & illud accedit, quod aliquando fæminis in jure errantibus in lucris ſubveniri, ut ipſe Paulus ſcripſit *in d. l. 9. in principio verſ. quod & in fæminis de jur. & fact. ignor. & d. l. 11. Cod. eod.* cujus rei exempla ſuppeditant textus *in l. Divus 15. §. idem in filiam ad l. Corn. de falſ. l. 2. §. ult. de jur. fiſci.* Cujac. *ubi ſupra.*

10 Ulterius contra id, quod diximus, valere legatum debiti ab extraneo relictum Creditori etiamſi debitor veterem obligationem ſit ſolvendo, fortius graviuſque argui poteſt. Cum ſolvendo eſt debitor ex veteri cauſa nullum emolumentum lucratur Creditor, licet novum reum debendi acquirat, cum enim tantum ſemel debitum ſit conſequuturus, nil ejus intereſt, ab utro conſequatur, dummodo uterque idoneus ſit, ergo eo ſaltem caſu nullum debet eſſe legatum aſſumptum: probatur, *ex l. ſi quis ſtipulatus 112. §. ult. de Verb. Obl.* ut ſi quis ita ſtipulatus fuerit *pro centum aureis*, ait Conſultus in hac ſatiſdationis ſtipulatione ſemper venire, quod intereſt ſtipulantis, ita ut alias tota ſors inſit, veluti ſi idoneus promiſſor non ſit, alias minus, ſi in aliquid idoneus ſit debitor, alias nihil ſi ſcilicet tam locuples ſit debitor, ut ſtipulantis non interſit fidejuſſorem habere; & concludit idoneum debitorem non tantùm ex debitore & facultatibus exiſtimandum, ſed ex fide. Quare etſi locuples ſit, tamen ſi perfidus homo ſit, callidus, ac litigioſus, à quo non poſſit debitum facilè exigi, in re quamquam idoneus habendus eſt *l. 2. qui ſatisdare cog.* Idem probatur ex l. *ſi ita ſtipulatus 97. §. poſſunt 1. de V. O.* ubi quidam promiſit ſe Titii nomine ſoluturum, & ait conſultus, quod ſi Titius locuples ſit, nil poteſt ſtipulator ex ea ſtipulatione conſequi, & eam reddit rationem, quid enim meâ intereſt id à te fieri, quod ſi non feceris, æquè ſalvam pecuniam habiturus ſum? Hoc ipſum traditur in *l. ſi quis ab alio 13. de re jud.* ubi & dicitur quod ſi locuples ſit reus, licet non ſolvendo fieri poſſit, adhuc tamen non tenetur, qui indemnitatem promiſit: ergo cum debitor ſolvendo eſt, nullam utilitatem conſequitur creditor, licet novum reum debendi acquirat ex cauſa legati. Dicendum exiſtimo in dictis juribus non negare conſultum ſtipulationem conſiſtere, qua creditor acquirit novum reum debendi, licet vetus debitor ſolvendo ſit; nam licet fidejuſſor promittens, quod reus debet inexcuſſo reo principali conveniri, etſi reus locuples eſſet ante conſtitutionem Juſt. *in auth. preſente Cod. de fidejuſſor.* Tamen ſi interveniat quanto minus à debitore ſervari poterit, nullo jure conveniri poteſt, ſi reus ſolvendo ſit, *l. decem 10. 16. de Verb. Obl.* quod ibi agitur manifeſtè, ut in id tantum teneatur, quod à reo principali ſervari non poterit. Idem vero agitur in poſitis ſpeciebus, in quibus adjectus ille promittit indemnitatem, & factum, non dationem, promittit enim intereſſe; quod incertum eſt, *l. cum ſtipulatus 113. §. ult. de Verb. Ob.* proinde conveniri nequit, ſi reus ſolvendo ſit, ut docet Cujac. *in recit. ad d. l. 97. §* 1. Nec eo poteſt conveniri, quod fieri poteſt, ut reus qui nunc ſolvendo eſt, poſtea ſolvendo eſſe deſinat; neque recte ratiocinatur Donell. *lib. 27. cum in d. l. 13. de re jud.* Vani hujus timoris nulla eſt æſtimatio, quoties enim de damno & de eo quod intereſt æſtimando agitur, id damnum æſtimari oportet, quod datum eſt, non id quod poſtea poſſit contingere per rerum naturam, cujus tamen nulla adhuc ſubſit cauſa; cum vero legat debitum Creditori, non leve lucrum Creditor acquirit, quia licet ſolvendo ſit debitor, poteſt tamen non ſolvendo fieri, & licet idoneus ſemper ſit expeditus, poteſt tamen debitum conſequi arg. textus *in l. eum qui 14. §. Pap. 5. de furt.* Nam poteſt adverſus hæredem experiri actione ex teſtamento inexcuſſo primo debitore, quia teſtator in omnem eventum voluit hæredem ſolvere, ſive idoneus eſſet debitor ſive non, cum utriuſque gratia legaſſet.

11 Succedit nunc examinanda quæſtio illa, an ſcilicet, poſſit legatum debiti relinqui utiliter Creditori ab extraneo debitore hærede inſtituto, in qua breviter ſequens diſtinctio ſervanda eſt, aut extraneus ab hærede debitore Creditori legat, quod ipſe debitor debet, ut ipſe liberetur, ita ut debitum ipſum legatum intelligatur, & tunc legatum nullius momenti eſt ſi nihil amplius in eo ſit, quam in debito, quia Creditoris nil intereſt debito-

rem ſuum habere denuo obligatum ex teſtamento extranei, cum non ideo novus reus debendi ipſi adjiciatur, nec ex alio capite melior ſit ejus conditio, cum bis debitum petere nequeat: aut ei legata eſt ab extraneo res debita ab hærede abſque ullo debiti intuitu, & tunc ſi debeat rem hæres ex cauſa lucrativa, & eam ex cauſa lucrativa Creditor nactus ſit, non valet legatum, nec eo nomine poteſt Creditor iterum, ut legatarius rem ab hærede petere, elegans textus *in l. ſi ſervus* 108. §. *Stichum* 4. *de legat.* 1. Cum res quæ jam ejus eſt, & cujus nomine nil ei abeſt, amplius ejus fieri non poteſt, Retes 7. *opuſc. cap.* 6. *per totum.* Si vero hæres debeat rem creditori ex cauſa onerosa, veluti quam ſtipulatus erat ab eo creditor ex cauſa emptionis, vel permutationis poteſt creditor & rem nanciſci ex priſtina cauſa & poſtea quod ei abeſt ici nomine ab hærede petere ex teſtamento *d. l.* 108. §. 4. §. *ſed ſi eum mihi* 5. *de leg.* 1. quia id minus habere videtur in re ipſa, quod poſtea amiſit, eique abeſt *l.* 4. §. *tunc in poteſtate* 12. *de uſucap. l. labeo* 14. *de verb. ſign.* Ergo in propoſito hæres duorum debitorum ejuſdem rei ex duplici cauſa lucrativa, vel ex una oneroſa & altera lucrativa, vicem ſuſtinet, & conſequenter regulæ duarum cauſarum lucrativarum obſervantur; etſi lucrativa ſit prior cauſa poterit creditor conſequi prius æſtimationem; deinde & ex teſtamento rem ipſam, non è contra: ſi vero priſtina cauſa oneroſa ſit, poterit quandocumque velit, vel æſtimationem, vel rem prius nanciſci; deinde ad id, quod ei abeſt agere §. *ſed ſi res* 6. *inſt. de leg.* quæ omnia locum non haberent neque in diſputationem venirent, ſi teſtator ab hærede legaſſet creditori debitum ipſum hæredis, quia tunc unica ſolutione debiti ſui nomine celebrata, teſtator voluit creditorem eſſe contentum, quod cum ejus interſit, non valeat legatum.

12 Unum tantum excogitavi caſum quo legatum debiti utiliter relinquitur creditori ab extraneo debitore hærede inſtituto, & ei maximum affert lucrum, quem ut oſtendam ſciendum eſt, quod licet per aditionem hæreditatis defuncti patrimonium, & hæredis ita confundantur ut unum efficaciter & ex eo ex æquo ſatisfaciendum ſit creditoribus defuncti, & crediroribus hæredis, tamen ſi hæres ſolvendo non eſt, & patitur bonorum venditionem, ſi creditores defuncti contendant defuncti bona ſibi ſufficere, & creditores hæredis ejus bonis debere eſſe contentos, & ſic quaſi duorum fieri bonorum venditionem, poſſunt à Prætore impetrare beneficium ſeparationis per quod bona defuncti ejus creditores diſtrahunt, ut ex eorum venditione debitum conſequantur, & bona pariter hæredis ejus creditores detrahunt. *l.* 1. *& per tot. de ſeparationib.* Hoc vero ſeparationis beneficium creditores defuncti poſſunt impetrare, non vero creditores hæredis ex ratione textus *in l.* 1. §. *ex contrario* 2. *de ſeparat.* & continet ſanè ſummam æquitatem, poteſt enim fieri ut defunctus ſolvendo fuerit, poteritque ſuis creditoribus ſatisfacere, admiſſis verò & commiſtis creditoribus hæredis, defuncti creditores minus ſunt conſequuturi, cui incommodo eo beneficio occurritur; nec illud ſolum impetrare poſſunt defuncti creditores, ſed & legatarii, ut cum creditoribus ſolidum ſolutum fuerit ipſis ex parte quæ ſuperfuerit, vel portio, vel ſolidum quæratur *l. creditoribus* 4. §. 1. *l. quoties* 6. *de ſeparationib.* in quibus videndus Cujac. & etiam *in lib.* 27. *quæſt. Papin. in l. debitor.* 3. *eod. titulo* quibus principiis ſuppoſitis, ſi teſtator cum ſolvendo eſſet eum hæredem inſtituerit, qui ſolvendo non erat, quem prævidebat in ea fore cauſa ut bonorum venditionem pateretur, & quod hæres debebat uni ex creditoribus ejus legaverit, aſſero legatum hoc utile eſſe quia compendium affert creditori legatario; quod ſic evinco. In propoſito caſu creditores defuncti, vel legatarii procul dubio impetrabunt ſeparationis beneficium, quo impetrato ex defuncti bonis ſolvendo fuiſſe proponimus, ejus creditoribus, & legatariis ſatisfiet; tunc ſic ſeparatis bonis hic creditor hæredis ſolum admitteretur ad ejus bona, ſi legatarius non eſſet, ex quibus cum ſolvendo non ſit non poſſet debitum conſequi, atqui ratione legati admittitur ad bona defuncti ex quibus cum ſolvendo ſint conſequitur ſolidum, vel ſaltem partem: ergo debet conſiſtere legatum, cum in eo plus ſit quam in debito.

Sic tamen acutè replicabit aliquis: ſi defuncti 13
bona in ea cauſa ſunt ut non ſolum ſufficiant creditoribus, ſed & ſolido ipſis ſoluto, aliquid ſuperſit legatariis, tum apud hæredem ex eo, quod ſuperfuit pars quarta debet remanere *l.* 1. *& per tot. ad l. falcid.* ad quam etiam hæredis creditores admittuntur *d. l.* 1. §. *item ſecundum* 17. *l. ſi creditores* 5. *de ſeparat.* Ergo cum ad eamdem partem admitti poſſet hic creditor hæredis, cui debitum teſtator legavit, nil ejus intereſt an ex bonis defuncti, an vero ex bonis hæredis debitum conſequatur, quinimo plus ejus intereſt admitti ad bona hæredis; nam major eſt pars, quæ apud hæredem remanet ex legis falcidiæ providentiâ, quam ea quam creditor ipſe caperet ex cauſa legati, ſi ad defuncti bona admitteretur, & per conſequens inutile debet eſſe legatum. Reſpondeo, verum eſſe hunc creditorem admitti poſſe ad bona hæredis, & ad eam quoque partem, quæ jure falcidiæ apud eum remanſit, ſed ejus maxime intereſt ad bona quoque defuncti ut legatarium admitti, nam ex bonis defuncti, ad quæ non admittuntur cæteri creditores hæredis partem debiti conſequitur. Deinde cæteri hæredis creditores ad ejus bona concurrunt, & per conſequens ad eam quoque partem, quæ apud hæredem falcidiæ beneficio manſit. Ex quibus partem etiam aliquam debiti conſequitur, ſi vero legatarius non eſſet ad bona defuncti, & licet admitteretur ad bona hæredis, & ad eam partem quam hæres obtinuit nomine falcidiæ, tamen cum eo cæteri hæredis creditores concurrerent quapropter minus conſequeretur, unde manifeſte convincitur plus eſſe in legato quam in debito. Deinde & in hac ſpecie novum reum debendi creditor acquirit ex legato; hæres namque impetrato ſeparationis beneficio duarum perſonarum & duorum debitorum vicem ſuſtinet, ergo debet conſiſtere legatum, quemadmodum conſiſtit cæteris caſibus, quibus ex eo novum reum debendi acquirit creditor, ſed tunc ſubtiliter inſtabis: Creditor hic legatarius poſt impetratam ſeparationem, etſi in ſolidum conſequutus non fuerit, ex bonis defuncti non poteſt admitti ad bona hæredis, ergo non eſt plus in legato, quam in debito. Probabis antecedens: licet poſt ſeparationem creditores hæredis admittantur ad id, quod ſupereſt ex bonis defuncti; è contrario tamen creditores defuncti non ſolum non concurrunt ad bona hæredis *l.* §. 17. *d. l.* 5. *de*

Digitized by Google

ſeparat. Ergo creditor legatarius ſi ſolidum non fuit conſequutus ex bonis defuncti nullo caſu poterit admitti ad bona hæredis. Reſpondendum eſt hunc creditorem legatarium duplicem conceptum habere, legatarii ſcilicet & creditoris, & ut legatarium admitti ad bona defuncti, ut creditorem hæredis ad ejus bona, nec enim petitio ſeparationis debet ei eſſe fraudi, aut præjudicare, quo minus in partem hæredis bonorum, ejuſdemque debitoris ſui admittatur unà cum cæteris creditoribus hæredis, nam etſi debitor hæres non extitiſſet ei, qui illi debitum legavit, poſſet creditor ſi ex teſtamento ſolidum non conſequeretur admitti ad bona debitoris cum cæteris creditoribus argum. textus elegantis, & ad rem notandi *in l. debitor 3. §. quid ergo* 1. *de ſeparationibus.* Textus verò ſupradicti procedunt, cum creditores defuncti ex alia cauſa non habent hæredem obligatum: Et hæc de legato debiti ab extraneo creditori relicto.

CAPUT III.

De legato à debitore creditori relicto animo compenſandi debitum.

1 EXegimus hucuſque de legato debiti, vel à debitore, vel ab extraneo creditori relicto, nunc agendum eſt de legato non debiti, ſed alterius rei à debitore creditori relicto: & quidem creditor, cui aliquid à debitore legatum eſt poteſt legatum, & pecuniam creditam petere, nec debet legatum cum debito compenſare, etiamſi pignus ipſum, vel res pro debito obligata relicta proponatur, niſi teſtatoris voluntas compenſare volentis, evidenter oſtendatur *l. creditorem* 85. *l. ult. §. filium 6. de leg.* 2. *l.* 12. *de reb. dub. l. fideicommiſſa* 11. *§. item ſi quis* 19. *de legat.* 3. *l. Lucius* 123. *in principio de legat.* 1. *l.* 2. *aut* 7. *l. creditor* 16. *Cod. de leg. l. ſi compenſandi* 8. *Cod. de hæred. inſt.* Cum enim legatum donatio ſit, & liberalitas, ipſius natura ſuadet, ut præſumatur teſtatorem noluiſſe compenſationem induci. Cum alia ſit mens donantis, alia ſolventis, ſed Menochius *de præſumpt. lib.* 4. *præſumpt.* 109. Mantica, *de conject. ultimarum voluntatum lib.* 10. *tit.* 2. Petr. Barboſa *in l. ſi cum dotem* 22. *§. ſi Pater* 3. *ſolut. matrim.* Acoſta *in cap. verbo ſi Pater teſtamento legavit num.* 17. Robertus *lib.* 2. *annuarum cap.* 16. Et plures alii ab ipſis congeſti, quos ſequitur Arias. de Meſa *lib.* 2. *variarum cap.* 9. 10. *&* 11. hanc doctrinam ita demum recipiendam eſſe contendunt, ſi debitum voluntarium ſit, nam ſi fuerit neceſſarium, tunc legatum, vel fidei-commiſſum intelligi relictum animo compenſandi docent, licet verò omne debitum ſit neceſſarium, *l.* 3. *de obl. & act. principio inſt. Cod.* In hac tamen quæſtione voluntarium debitum appellant interpretes quod initium habet voluntarium & ex contractu, & conſenſu proceſſit, licet poſtea ad obligationis neceſſitatem pervenerit, *l. in commodato* 17. *§. ſicut commodat. l. ſicut* 5. *Cod. de obl. & act.* neceſſarium verò illud dicunt quod ex cauſa, & principio neceſſario ortum eſt quo debitor non facto illico ſuo, ſed legis diſpoſitione obligatus fuerit, *l. obligamur* 52. *§.* 1. *de obl. & act.* Itaque ſi debitum fuerit voluntarium contendunt legatum cum eo non compenſari, cum debito verò neceſſario compenſari, quia enixius & efficacius à nexu quem quis contraxit, neceſſario liberare, & expedire ſe velle præſumitur, quam ab eo, quo voluntarie omnino & ſponte implicatus eſt, utuntur in hanc rem autoritatibus inferius expendendis.

2 Hanc tamen diſtinctionem non admittimus ſi indiſtincte aſſerimus legatum à debitore creditori relictum, non intelligi animo compenſandi datum, tum quia ratio nuper tradita in utroque debito, tum quia ſupra adducti indiſtincte & generaliter loquuntur. Deinde illa differentia manifeſte convincitur ex eleganti textu *in l. ſi Pater 4. de dot. collat.* Ubi ſi Pater qui ex cauſa, quæ habet initium neceſſarium quale eſt dotare filiam, quod eſt neceſſarium parentibus *l.* 19. *de ritu nupt.* debebat dotem genero, filiæ legatum reliquerit, non creditur intuitu dotis ſeu animo compenſandi legare, ſed filia dotem habet præcipuam, & legatum, quem textum fruſtra tentant contrariæ opinionis aſſertores, ex quibus noſtram ſententiam tuentur Duar. *in d. l.* 22. *§.* 3. *ſolut. matrimon.* Cujac. *lib.* 3. *obſ. cap.* 16. Coraſius *lib.* 3. *miſcellaneorum cap.* 1. Ant. Faber *lib.* 4. *conject. cap.* 9. Donell. *lib.* 14. *comment. cap.* 6. alios referens Valentia *lib.* 3. *illuſtr. tract.* 5. *cap.* 2. *ex n.* 11. *uſque ad* 22. Nec obſtat contrariæ ſententiæ fundamentum, nam licet debitum, quod illi appellant voluntarium ab initio proceſſerit ex voluntate, jam tamen cum legatum relinquitur, & de compenſatione tractatur neceſſe eſt, & æque neceſſitati præſtationis adſtringit ad debitum, quod ipſi dicunt neceſſarium: Ergo nulla eſt major ratio, ut in uno magis, quam in altero caſu credamus teſtatorem voluiſſe à nexu obligationis ſe expedire & liberare, & per conſequens in dubio neutro caſu debet intelligi relictum animo compenſandi legatum à debitore datum creditori.

3 Controverſiæ itaque hujus reſolutio, ut fatentur textus quos expendunt adverſarii, præcipue ex voluntate teſtatoris pendet, & ex conjecturis, ſi relictum ſimpliciter legatum eſt, nec creditur relictum animo compenſandi, niſi hæres eam fuiſſe voluntatem teſtatoris probaverit; ſi verò ex conjecturis compenſandi animus inducatur, creditur legatum animo compenſandi relictum, niſi legatarius aliud voluiſſe teſtatorem oſtenderit, inde explicandi ſunt textus *in l. cum pater* 29. *de Jur. dot. l. Titia* 94. *§. quam in vita* 5. *de leg.* 2. *l. virilis* 8. *§. ult. cum l. ſequent.* de legatis præſentandis, in quibus ſi Pater filiæ dotem legaverit, vel legatum pro dote, dotiſve nomine reliquerit, alterutrum filia habere debet, vel dotem, vel legatum, expreſſa enim tunc eſt voluntas teſtatoris compenſandi animo relinquentis legatum, quia etſi non dos, ſed pro dote aliquid fuerit legatum, adhuc quaſi dos res legata accipitur, ut ait Conſultus *in l. quis* 2. *aut* 7. *in principio verſ. ſed etſi de dote prælег.* & non eſt veriſimile teſtatorem duplici præſtatione dotis hæredem gravare voluiſſe, ſi tamen in legato dotis nomine relicto plus ſit, quam in dote facta compenſatione uſque ad eamdem ſummam quæ concurrit, id tantummodo, quod excedit in legato ex teſtamento præſtabitur *d. l.* 34. *§.* 5. *de legat.* 2. docet Schiphordeger. ad Fab. *lib.* 2. *tract.* 13. *quæſt.* 1. Idem etiam dicendum eſt in illis caſibus in quibus eam teſtatoris voluntatem fuiſſe conſtiterit,

Digitized by Google

ut pro dote, vel dotis nomine legatum fuiſſet, licet expreſſum non ſit, veluti ſi eamdem quantitatem Pater filiæ legaverit, quam promiſerat pro dote, vel quam ex cauſa dotis ſine conſenſu filiæ à genero exegerit, nam compenſabitur cum dote legatum, nec utrumque filia conſequi poterit, perinde obſervabitur ac ſi pro dote, vel dotis nomine legatum relictum fuiſſet, in quibus terminis intelligendi ſunt textus *in l. ſi cum dotem* 22. §. *ſi pater* 3. *ſolut. matrim. l. hujuſmodi* 84. §. *cum pater* 6. *de legat.* 1. quia ut ex Jul. Ulpian. refert in *d. l.* 2. §. *hoc amplius* 1. *de dot. præleg.* Etſi non fuerit adjectum pro dote eſſe legatum hoc, tamen animo relictum adhuc ejus eſſe conditionis, cujus legatum eſt dotis. Conſtat verò hoc tamen animo relictum, quoties eadem illa quantitas legatur præciſe quæ ex cauſa dotis debita erat: In his itaque omnibus caſibus, ſi filia velit utrumque conſequi, legatum ſcilicet & dotem, probare debet teſtatorem voluiſſe dotis duplici præſtatione hæredem onerare. Nec obſtat textus in *l. quingenta* 12. *de probat.* Ubi ex duabus ſcripturis teſtamenti ſcilicet & codicillorum diverſæ ſummæ legatæ præſumuntur, licet in utrâque ſcriptura eadem fuerit quantitas comprehenſa, niſi hæres probaverit teſtatorem multiplicare legatum noluiſſe, Nam in eo textu utraque ſcriptura voluntaria erat, & liberalitatis continebat beneficium, quod duplicare teſtator & potuit, *l. plane* 34. §. *ſed etſi non corpus* 3. *de legat.* 1. & voluiſſe creditur; at verò cum una ſcriptura neceſſitatem continet obligationis, & in altera eadem ipſa quantitas debiti legatur, non eſt veriſimile eamdem quantitatem debiti in legato appoſitam, niſi ut cum debito compenſaretur legatum. non quia debiti præſtationem duplicare teſtator vellet, docet Valentia *d. lib.* 3. *illuſt. tract.* 5. *cap.* 2. *num.* 16. & 17.

4 Arguunt ſic prædicti Auhores. Si libertus patrono aliquid legaverit, vel mortis cauſa præſtiterit, legatum compenſatur cum legitimâ, cum ab illius præſtatione, & bonorum poſſeſſione contra Tabulas patronus ſubmoveatur, eo ipſo, quod agnoverit *l.* 3. §. *ſi debitor* 15. *l. etſi* 6. §. *fin. l. ſi vero* 8. §. *ſed etſi* 3. *l. libertus* 20. §. *idem* 7. *l. patrono* 31. *de bon. libert.* pariter legatum filio relictum ex legitima imputatur, & cum ea compenſatur *l. omnimodo* 30. *Cod. de inoff. teſtam.* Ergo debitor ex cauſa neceſſaria ſemper creditur legare animo compenſandi. Dicendum eſt non ideo ſubmoveri patronom à bonorum poſſeiſione contra Tabulas, quia legatum compenſat cum portione ex legibus ſibi data; ſed potius, quia qui judicium approbavit teſtatoris, non poteſt illud pro alia parte reprobare, ut conſultus ſcripſit *in d. l.* 6. §. *ult. cum lege ſeq. de bon. libert.* Deinde legatum filio relictum, licet imputetur in legitimam, non tamen ea compenſatur, cum poſſit filius conditione ex lege agere ad ſuplementum *d. l.* 30. *Cod. de inoff. teſtamento* ideo vero in legitimam legatum imputatur, quia pater filio teſtamento relinquere tenetur legitimam; unde lex in portionem iſtam legatum imputat, quaſi mens patris fuerit filio potius ſatisfacere, quam legitimo auxilio locum relinquere; docet Schiphordegerus *dicto libro* 2. *tract.* 3. *quæſt.* 3.

5 Quæ diximus locum olim non habebant, cum maritus uxori legatum relinquebat, in actione enim rei uxoriæ valuit edictum Prætoris de alterutro quo cautum fuit legatum à marito uxori relictum cum dote compenſandum eſſe, *l. un.* §. 1. *itaque* 3. *Cod. de rei uxor. act. l. ult. Cod. Theodoſ. de teſtam.* Ergo ejus ſententia hæc fuit, ut ſi uxori vir legatum, vel fidei-commiſſum reliquiſſet, eligeret mulier utrum mallet dotem repetere, an capere quod ei maritus teſtamento reliquiſſet, alterutro ut contenta abiret, nec conſequeretur utrumque; electo enim ono nec poſſet tranſire ad aliud electa dote, ne ageret ex teſtamento vel electo legato ne ageret rei uxoriæ; hoc vero edictum ceſſabat, quando dos uxori debebatur actione ex ſtipulatu, tunc enim uxor à cæteris creditoribus non diſtabat; ſed utrumque conſequi poterat, & dotem & legatum, ratio ejus edicti non ſtatim occurrit. Fab. *lib.* 4. *conject. cap.* 9. & ejus aſſecla Schiphordeger. *d. lib.* 2. *tract.* 13. *quæſt.* 4. eam aïunt eſſe rationem, quod cum maritus uxori aliquid relinquit, hoc ita facere credatur, quia intelligit ſe defuncto eam judicio acturam de dote ut proinde interpretatione in hæredis favorem facta dicamus, non videri teſtatorem plus legaſſe, quam eo judicio mulier conſequeretur *l. medio* 41. *in fin. de leg.* 2. verum ratio hæc æque vigeret ſi vera eſſet in quovis alio creditore, ac in uxore; ergo cum legatum relictum cuilibet alii creditori non intelligatur animo compenſandi relictum; idem cenſendum eſt de legato à viro uxori relicto. Deinde æque militat in dote debita ex ſtipulatu, ac in dote debita actione rei uxoriæ. Unde quærenda eſt adhuc ratio cur maritus credatur animo compenſandi legare ad differentiam cæterorum debitorum, & ſane ut indicat Juſt. *in d. l. unica* §. 3. & videtur exponere ibi Cujac. cum actio rei uxoriæ in bonum, & æquum concepta eſſet *l. eas obligationes* 8. *de cap. minut* Et ex æquitate quam reliquæ bonæ fidei actiones continerent, æquum putavit Prætor uxorem alterutro debere eſſe contentam, & utrumque conſequi non poſſe, ne duplici præſtatione mariti hæres oneraretur; unde cum hæc ratio locum non habet in actione ex ſtipulatu, nil mirum videri debet, quod in dote ex ea debita ceſſaret edictum. Hodie vero cum ſublata ſit actio rei uxoriæ, vigeatque actio ex ſtipulatu, conſequens eſt ut etiam edictum de altetutro ceſſaverit *d. l. un.* §. 3. & mulier poterit utrumque conſequi, dotem ſcilicet & legatum, niſi aliud teſtatorem voluiſſe hæres probaverit.

Edicto illi locus erat, quando maritus ſimpli- 6
citer legatum relinquebat: ſi enim legatum reliquerit dotis ipſius, vel paris quantitatis, vel alterius rei, dotis nomine, tunc communi jure mulier alterutro debeat eſſe contenta, legato vel dote. *l. cum ab uno* 53. *de legat.* 2. *l. quod pure* 6. §. 1. *ff. quando dies legat. ced.* quapropter idem procedebat, etſi deberetur dos actione ex ſtipulatu, ſunt textus elegantes *in l. ſi filia* 20. §. *idem Pap.* 8. *fam. ercisc. l. qui dotem* 46. *ſolut. matrim. l. pen. de dot. præleg.* quia conſtabat animo compenſandi legatum fuiſſe relictum, & è converſo ſi ea erat mariti voluntas, ut utrumque uxor conſequeretur adhuc in actione rei uxoriæ ceſſabat edictum de alterutro, ad quam pertinent textus in *l. cum Pater* 77. §. *qui dotale* 5. *de legat.* 2 ubi licet ſimpliciter relictum ſit legatum, tamen cum in fidei-commiſſo pretium ipſius rei dotalis, quam maritus vendiderat verbum illud *amplius* adjectum eſſe, apparet teſtatorem in fidei-commiſſo etiam legatum repo-

tiſſe *l. qui ita* 3. *de dot. præleg. l. ult.* §. 1. *de dol. mal. l. Sejo* 10. §. *uxori* 2. *de ann. leg.* Docet Valent. *de lib.* 5. *tract.* 5. *cap.* 2. *num.* 18. Illud etiam notandum eſt quod licet edicto de alterutro locus non eſſet in dote debita actione ex ſtipulatu, tamen id ita procedebat, quando mulier ſtipulata fuerat ſibi ſoluto matrimonio dotem reddi, ſi vero ſtipularetur ita: *quod te mihi ex cauſa rei uxoriæ dare, facere oportet, dabis.* Tunc edicto locus erat, nam actionis in hac ſtipulatione idem prorſus jus erat, quod actionis rei uxoriæ, & eamdem naturam habebat argum. textus *in l. ſcire* 29. §. *ult. de verb. obl.* Docet Cujac. *in l. unica* §. 3.

7 Quoad hanc juris partem pari paſſu ambulabat hæredis inſtitutio cum legatis & fidei-commiſſis, ut creditor à debitore hæres inſtitutus quartam hæreditatis partem, quam ex lege falcidia retinere poteſt, non compenſaret cum debito, ſed utrumque deduceit & falcidiam & debitum, ſive voluntarium ſit, ſive neceſſarium niſi manifeſtiſſima teſtatoris voluntas compenſaret cum debito hæreditatem diſponentis, *l. cum Pater* 77. §. *Titio fratri* 31. *de leg.* 2. ubi Cujac. 8. *reſponſ. Pap. l. ſi debitor* 12. ubi Cujac. 30. *quæſt. Pap. l. quod de bonis* 15. §. *avus* 3. *& cum fidei-commiſſum* 4. ubi Cujac. 13. *quæſt. Pap. ad falcid.* quia in ponenda ratione legatorum, & eorum bonorum, quæ à defuncto relinquuntur prius deducere hæres poteſt omne æs alienum, etiam id quod ſibi defunctus debuit, illudque legatariis reputare, cum confuſio quæ propter aditionem hæreditatis ſit, minuat actionem, ut proinde condemnandus magis, quam refellendus ſit Fab. qui *lib.* 4. *conject. cap.* 11. contrarium *ex d. l.* 5. probare nititur, quem jam rejecit, Oſſ. *d. lib.* 8. *Comment. cap.* 2. §. *ult.* quidquid temerè magis quam ſubtiliter Oroz contendat *de apicibus juris lib.* 1. *cap.* 8. *ex num.* 22.

8 Ex quibus ea fuit quæſtio an ſcilicet in legato dotis ſit locus falcidiæ & oneri fideicommiſſi, ad cujus reſolutionem dicendum eſt, quod cum legatum dotis à marito uxori relictum, valeat ſolum propter commodiorem actionem aut lucrum repræſentationis; de priori caſu quæſtio non procedit, ſed de poſteriori; ſciendum eſt, quod jure digeſtorum uxor ſoluto matrimonio dotem repetere poterat actione rei uxoriæ, ſtatim abſque aliqua dilatione, ſi conſiſtebat in ſpeciebus, vel corporibus; dotem vero in rebus fungibilibus, quæ pondere, numero vel menſurâ continentur, conſiſtentem non ſtatim petere poterat, ſed annua bima trina die id eſt tribus penſionibus annuis ut conſtat ex Ulpian. *in fragm. titul.* 6. §. 5. *l. unica* §. *cum autem* 6. *de rei uxor. act. l.* 1. §. *& verum eſt* 2. *de dot. præleg.* niſi ut præſens dos redderetur, id eſt, ſtatim ſine dilatione conveniſſet; quæ conventio omnino ſervatur quia per eam melior fit conditio dotis. *l. die* 14. *cum leg. ſeq. de pactis dotal. l. ſi unus* 27. §. *pactus* 2. *verſ. quod & in ſpecie de pact.* vel niſi mulier ſtipulata fuiſſet dotem, nam tunc actione ex ſtipulatu indiſtincte eam petere poterat, nullâ interveniente dilatione *d. l. unic.* §. 6. ſi maritus legaverit uxori dotem debitam ex ſtipulatu, vel actione rei uxoriæ, ſi in ſpeciebus conſiſtebat, conſiſtit legatum relictum per vindicationem, nec tamen falcidiæ, nec gravamini fideicommiſſi eſt obnoxium, *l.* 1. §. *idem Jul.* 13. *de dot. præleg. l. cum Pater* 77. §. *fidei tuæ* 12. *de legat.* 2. Si verò maritus legaverit uxori dotem debitam actione rei uxoriæ conſiſtentem in rebus fungibilibus, legatum valet præter repræſentationis lucrum, cujus reſpectu uxor poteſt gravari fideicommiſſo *l. cum quis uxor.* 2. *de dot. prælat.* huc pertinet textus *in l.* 78. §. *maritus* 14. *ad treb.* ubi ideo indiſtincte aſſeritur poſſe gravari dotem reſtituere, quia pro dote quam reſtituit tantumdem accepit. Spectat etiam ad hanc partem textus *in l. hærede* 19. §. 1. *de fideicommiſſar. lib.* ubi mulier, cui dotem & res alias maritus legavit, non aliàs tenetur fideicommiſſum præſtare, quam ſi præter dotem res etiam cæteras ex teſtamento accipiat. Quo caſu ſupponendum eſt maritum debuiſſe uxori dotem reddere actione ex ſtipulatu, quæ præſens erat abſolute in quibuſcumque rebus dotalibus, vel actione rei uxoriæ, cum dos in ſpeciebus conſiſteret, vel etiam licet *in d. l.* 19. §. 1. Legatum conſiſtit propter lucrum repræſentationis; dici poteſt non alias uxorem teneri fidei-commiſſum præſtare, quam ſi res cæteras acceperit ex teſtamento, non quia commodum interuſurii non ſufficeret ad fidei-commiſſi gravamen, ſi ita diſpoſuiſſet teſtator; ſed quia maritus, qui ei plures alias res legaverit, ut eam fidei-commiſſo gravaret, non præſumitur voluiſſe eam in dotem gravare, ſed imo univerſam dotem cum commodo repræſentationis illibatam uxorem ſibi habere, cum ut eam fidei-commiſſo obſtringeret plures res præter dotem reliquerit.

Qua ratione omnes fere putarunt ex commodo interuſurii dotis prælegatæ, quod hæreditatem minuit falcidiam diſtrahendam. Contrariam tamen ſententiam cum judicio fundat Coſta *in cap. ſi Pater de teſtamentis* 1. *parte verſ. legavit ex num.* 26. *uſque ad* 32. Cum quo indiſtincte aſſero ex legato dotis à marito uxori relicto, etiamſi contineat commodum repræſentationis falcidiam non deduci, non quia lucrum illud hæreditatem non minuit, ſed quia favore dotis id nominatim ipſa lege falcidia cautum eſt, ut probatur ex eleganti textu *in l. ſed uſusfructus* 81. §. 1. *&* 2. *ad l. falcid. in* §. 1. ait conſultus dotem prælegatam extra rationem legis falcidiæ eſſe, quia rem ſuam mulier recipere videtur. Mox ſubjicit *in d.* §. 2. *ſed & de his quoque rebus quæ mulieris cauſa emptæ paratæ eſſent, ut hæ quoque extra modum legis eſſent, nominatim ipſa falcidia lege expreſſum eſt,* in quibus verbis illa dictio repetita *quoque* quæ ex ſua natura eſt repetitiva antecedentium manifeſte indicat, quod quemadmodum ipſa lege cautum fuit 43. non deduci ex legato rerum, quæ uxoris cauſa paratæ eſſent, ſic & expreſſum fuit eam non detrahi ex legato dotis quod convincitur eâ ratione; nam quemadmodum lucrum repræſentationis minuit hæreditatem, ſic & legatum rerum emptarum uxoris cauſa, alias non major, ſed minor debet eſſe legati hujus favor, quam illius; ergo ſicut quarta non deducitur ex legato rerum uxoris cauſa emptarum, quod ſemper minuit hæreditatem, ſic nec detrahitur ex legato dotis, licet propter medii temporis commodum minuat hæreditatem. Ad hanc partem ſpectat textus *in l. cum dotem* 57. *ad falcid.* ubi ſi maritus extraneo legaverit, ut ea uxori reſtituat, ait Marcellus, circuitus evitandi gratia legi falcidiæ locum non eſſe, quia in pleriſque ita obſervabatur, ut omiſſa interpoſiti perſona capientis expectetur, *l. cum ei* 42. *de leg.* 2. *l. ſi fidei meæ* 28. *de legat.* 3. *l. cogi* 16. §. *hoc qui* 15. *ad Treb. l.* 27. *de excuſat. tutor. l.* 2. §. *ult. ſi quis teſta-*

tor probib. cum aliis.

10 Hæc obrinent in legato dotis à marito uxori relicto; nunc videndum eſt, an ſi ſocer, qui dotem à nuru accepir, eam nurui, vel filio legaverit, eo in legato locus ſit falcidiæ, aut oneri fidei-commiſſi? Ad cujus rei intelligentiam notandum eſt, quod ſi mulier filio-familias nubat, ſive dotem ſocero tradat, ſive marito, dos ſpectat ad ſocerum, qui princeps eſt ejuſdem familiæ dum vivir, & onera matrimonii ſubir, *l. ſi filia* 20. §. *hoc amplius* 2. *fam. ercifc. l. ſi is qui* 56. §. 1. *de jur. dot.* mortuo vero ſocero, conſtante adhuc matrimotio, filius ſi ex parte hæres inſtitutus eſt judicio directo fam. ærciſc. dotem proſequitur *d. l.* 20. §. 2. *fam. ercifc. l. ſi maritus* 46. *fam. ercifc.* hoc enim competit his qui cohæredes non ſunt, dummodo pars aliqua univerſalis bonorum ad eos ſpecter *l.* 2. *fam. ercifc.* utroque tamen caſu cavere debet maritus hæredibus patris ſuos deffenſurum contra mulierem, ſi contra eos ſoluto matrimotio dotis nomine à ſocero acceptæ uxor experiatur, quod ita exaudiendum eſt, ſi ſocer dotem accepiſſet, vel filius juſſu, & nomine patris, ut traderet patri *l.* 22. §. *pen. ſolut. matrim.* Si vero maritus dotem accipiat ab uxore juſſu patris, ipſe in ſolidum obligatur ſoluto matrimonio dotem reſtituere, pater vero tantum de peculio, vel de in rem verſo *d. l.* 22. §. *pen. l. filio* 25. *l. filio-familias* 53. *ſolut. matrim. l.* 5. *Cod. eod.* At ſi filius patri hæres exſtitit, ipſe tenetur dotem à patre acceptam reſtituere, non ut maritus, ſed ut hæres patris, vel in ſolidum, ſi ex aſſe inſtitutus eſt, vel pro hæreditaria portione, ſi ex parte fuit inſtitutus, ut conſtat ex dictis juribus.

11 His principiis ſuppoſitis, duo caſus explicandi ſunt; primus eſt cum ſocer dotem à nuru acceptam ipſi nurui legaverit, ſi quidem jus actionis de dote voluit legare, nullum legatum eſt *l.* 1. §. *ſi ſocer* 9. *de dot. pral. l. ſed etſi* 10. §. 1. *de legat. præſt.* quia conſtante matrimonio nulla eſt actio de dote: ſed ſi voluit nurum recipere pecuniam dotalem, utile eſt legatum, quia uxorem res dotales accipere conſtante matrimonio non implicat; ſed ſi dotem petat ex teſtamento cavere debet hæredibus, ſe eos defenſurum contra maritum dotem proſequentem, ſi vero maritus vigilaverit, præſeſtinaverit, & judicium famil. æreiſc. præoccupaverit, cavere debet hæredibus ſe eos defenſurum contra uxorem agentem jure legati, aut jure proprio ſoluto matrimonio, quia ſocer noluit hæredem duplicis dotis præſtatione gravare; unde conſtat in hac ſpecie ideo conſiſtere legatum, quia mulier conſtante matrimonio nullam actionem habet ad dotem recuperandam contra ſoceri hæredes: & ex teſtamento res dotales illico recipit, adhuc conſtante matrimonio: quapropter lucrum repræſentationis capit ex legato. Sed replicabis ſi maritus filius à patre exhæredatus ſit, inops dicitur, & in jure præſumitur, ita ut uxor ſtatim ab hæredibus ſoceri proprio jure dotem exigere poſſit, adhuc conſtante matrimonio *l. ſi conſtante* 24. §. 1. *ſolut. matrimonio*; ergo cum in *d. lege* 1. §. 9. *de filio exhæredato* conſultus ſimiliter loquatur, dicendum eſt legatum nurui relictum nullius eſſe momenti, cum ſtatim in hac ſpecie poſſit dotem proſequi ſuo priſtino jure inſuper addito legato. Reſpondeo ideo in propoſito ſuſtineri legatum, quia poſſet diſſolvi matrimonium mortuo ſocero, vel eo vivo, & morte ejus ſubſequuta hæres, qui ſi legatum relictum non eſſet, præſtaret nurui dotem annua, bima, trina die, ſi conſiſtebat in rebus fungibilibus, *l. pater* 7. §. *ſed ſi* 3. *de dot. pral.* tenetur præter legatum ei dotales res quaſcumque præſenti die ſolvere, quia ſane uxoris maxime intereſt; quapropter conſiſtit legatum quia actio ex teſtamento uberior eſt priſtina actione. Quibus poſitis diſtinctio hæc ſervanda eſt; aut ſocer legavit nurui dotem ipſi debitam, ut contingit, quando filius exhæredatus eſt, vel licet ſit inſtitutus, ſi diſſolutum fuerit matrimonium vivo vel mortuo ſocero, & tunc eadem obſervantur in hoc legato, quæ procedunt in legato dotis à marito uxori relicto, aut vero ſocer legat nurui dotem adhue indebitam, ut contingir, cum filius eſt inſtitutus, nec tamen ſolvitur matrimonium, & tunc locus eſt falcidiæ & oneri fidei-commiſſi.

Amplius explicanda eſt hæc diſtinctio: ſi ſocer 12
nurui dotem indebitam legaverit filio ſcilicet hærede inſtituto ex parte, & conſtante adhuc matrimonio, legatum hoc falcidiam patitur, quia tunc indebita dos legatur: verum quod per falcidiam fuerit reſciſſum maritus percipit in judicio fam. ærciſc. expreſſus textus *in l.* 1. §. *idem Jul.* 13. *verſ. ſed & de marito de dot. praleg.* præſtita tamen cautione indemnitatis contra mulierem ſoluto matrimonio reſiduum perſequentem. Notandum tamen eſt in hac ſpecie falcidiæ ſolum eſſe locum in lucro repræſentationis, non in univerſa dote, nam nurus dotem tantum accipit quam ex veteri cauſa ſoluto matrimonio petere poſſet; ipſi itaque pure legatur quod in diem eetiam debetur, proinde in lucro illo medii temporis locus eſt falcidiæ & gravamini fidei-commiſſi. Ex hac doctrina intelligendus eſt textus ſanè difficillimus *in d. l.* 1. §. *idem quæritur* 12. *de dot. pral.* ubi Jul. quærit an ſi ſocer extraneo dotem legaverit, eumque rogaverit nurui eam reſtituere, lex falcidia in legato locum habeat? & dicit habere, ſed quod minus eſt in fidei-commiſſo nurum dotis actionem conſequuturam. In hoc textu, ut ſuadet antecedens §. loquitur conſultus de dote indebita legata extraneo ſub onere reſtituendi eam nurui; quo caſu locum habet falcidia in legato relicto extraneo, perinde ac locum haberet ſi ipſi nurui legata fuiſſet dos, & quod per falcidiam fuerit reſciſſum, nurus conſequutura eſt non præſenti die, ſed cum ſolutum fuerit matrimonium, perinde ae conſequeretur, ſi ei legatum relictum eſſet, ut ſupra dixi: verum in hac eadem ſpecie falcidia non deducitur ex tota dote, ſed ſolum ex interuſurio, perinde ac ſi legatum eſſet nurui; omiſſa enim interpoſiti inſpicitur capientis perſona, idque ſibi credo voluiſſe Ulpianum dum in verſ. *Ego quæro ejuſdem* §. 12. ait. *Ego quæro an commoda repræſentationis in hoc legato ſic obſerventur, atque ſi dos ipſi mulieri fuerit relegata, & puto (habere)* quæ ſic explicanda ſunt. Dixerat Jul. falcidiam deduci ex legato dotis extraneo relicto ſub onere reſtituendi nurui, non tamen diſputaverat, an falcidia eſſet deducenda ex univerſa dote, an vero ex interuſurio; quod ille itaque omiſit Ulpianus proſequitur quærens an ſolum ex interuſurio falcidia ſit deducenda? Videbatur dicendum deducendam eſſe ex tota dote, quæ extraneo omnino non debetur, ſed tamen quia extraneus eam rogatus fuit nurui reſtituere, ejus perſona omiſſa, inſpecta quæ nurus

Digitized by Google

perſona ex interuſurio ſolum deducendam concludit, quia commoda repræſentationis perinde obſervantur in hoc legato, atque ſi dos nurui fuiſſet legata; ex quibus convincitur error Cujacii diſſenſum inter Julium *in d. §. 12.* & Marcellum *in d. l. 57. ad falcidiam agnoſcentis.*

13 Si vero ſocer nurui dotem debitam legaverit, quod contingit, quando filius exhæredatus eſt, quia tunc ipſi adbuc conſtante matrimonio competit dotis repetitio, vel quando filius inſtitutus eſt, ſi tamen vivo, vel mortuo ſocero ſolutum fuerit matrimonium, eadem in hoc legato ſervantur quæ procedunt in legato dotis à marito uxori relicto; itaque ſi legatum non contineat lucrum repræſentationis, nec falcidiæ locus, nec fidei-commiſſi oneri erat; ſi vero interuſurium conſiſtat, falcidia ex eo non deducatur favore dotis, quia idem eſt dotem à ſocero debente legari, ac à marito; gravamen vero fidei-commiſſi locum habet quemadmodum & locum ſibi vindicat in legato à marito uxori telicto, reſpectu interuſurii: Ad hanc partem ſpectat difficilis textus *in d. l. 1. §. idem Jul. 13. in principio de dot. praleg.* Ubi quærit Julius an ſi ſocer nurui dotem legaverit, eamque rogaverit dotem reſtituere, falcidia locum habeat? Et ait nec falcidiam locum habere, nec fidei-commiſſum valere, in hac ſpecie ponendum eſt ſocerum nurui dotem debitam legâſſe, filio forte exhæredato, quod probari videtur ex verſ. *ſed & marito*, ubi adverſativa illa *ſed* denotat contrarium caſum ſubjungi, & ponitur filius inſtitutus; ergo in antecedente caſu proponi debet exhæredatus vel filio inſtituto ſoluto matrimonio, quod & Cujac. ſupponit: quibus ſuppoſitis recte Jul. decidit, nec falcidiæ nec fidei-commiſſo locum eſſe, quia idem in eâdem ſpecie obſervaretur dote à marito uxori legata, aliàs enim ſi legatum continuiſſet interuſurium, licet ex eo non poſſet deduci falcidia, reſpectu tamen interuſurii valeret fidei-commiſſum, quia ut ſæpe dixi eadem in hoc legato obſervantur, quæ procedunt in legato dotis à marito uxori relicto.

14 Secundus nunc caſus ſuccedit explicandus cum ſcilicet ſocer dotem à nuru acceptam filio legat, & quidem ſi eam filio exhæredato legaverit, legatum conſiſtit ſi per vindicationem relinquatur, quia filius ſolum habebat utile fam. ærciſc. judicium pro quo commodiorem actionem, rei ſcilicet vindicationem, ex teſtamento acquirit, quod ſi legatum perſequatur cavere debet hæredibus ſe eos contra mulierem defenſurum *d. l. 1. per contrarium 10. l. Pater 7. in principio de dot. praleg.* Cæterum ſi mulier legatum exegerit; non tenetur cavere de indemnitate, quia tunc legatum mariti extinguitut, & hæredes poſſunt eum repellere per exceptionem doli *d. l. 1. §. idem Jul. 11. de dot. pral. d. l. 7. §. 1. eod. tit.* Verum in eo legato nec falcidiæ locus erit, nec fidei-commiſſo, quia cum merito deberetur non minuit hæreditatem, quidquid dicat Cujac. *lib. 18. quaſt. Pap. in d. l. 7. de dot. praleg.* ſed tunc obſtat difficilis textus *in §. ſed ſi lex falcid. 2. ejuſdem l. 7.* ubi ait Pap. quod ſi lex falcidia locum in legato dotis contra filium exhæredatum habuerit, & mulier ſolutionem ratam fecerit per eam quantitatem quam hæres retinuit, actio dotis ei datur; quod ſi ratam non habeat defendi debet hæres à viro, qui ſe defenſurum promiſit, ergo ſupponit & diſertè ait falcidiæ locum eſſe in legato dotis filio exhæredato relicto, ſed tamen ex ſententia Accurſii reſpondeo conſultum non aſſerere indiſtincte ex legato dotis filio exhæredato relicto falcidiam deduci; ſed aliquando: caſus itaque quærendus eſt quo legatum hoc minuat hæreditatem, & per conſequens falcidiæ ſit obnoxium, quod contingit, ſi tempore ceſſionis legati ſolutum jam ſit matrimonium, quo caſu univerſam dotem lucratur filius exhæredatus ex teſtameuto, nam ſi dos ei legata non eſſet, eam nullo jure petere poſſet, ſoluto matrimonio ſed hæredes ſoceri eam tenerentur nurui reſtituere tribus annuis penſionibus, tatione vero legati adhuc ſoluto matrimonio dotem tecipit, ut eam deſignatis penſionibus uxori reſtituat *d. l. 7. §. ſed ſi priuſquam 3. de dot. praleg.* quapropter cum tunc dotem alias indebitam proſequatur, legatum ſalcidiam patitur, quæ deducitur ex tota dote, cujus partes hæredes retinebunt, itaque mulier petere poterit integram dotem ab hæredibus qui defendi debent à filio pro parte quam percepit ratione legati; tunc tamen ſic poteſt replicari: filius adhuc exhæredatus ſoluto matrimonio poteſt dotem petere utili judicio fam. ærciſc. Ergo eo adhuc caſu dos ei debita legatur, & per conſequens legatum falcidiam non patietur, antecedens probatur ex textu *in d. l. 7. §. ſed ſi prius 3. de dot. praleg.* ubi filius hæres inſtitutus ex parte, adhuc ſoluto matrimonio, dotem percipere poteſt: ergo idem dicendum eſt de filio exhæredato. Sed ut notavit ibi Cujac. *d. lib. 18.* qui conſultus loquitur de filio hærede ex parte inſtituto, cui dos à patre fuit prælegata, qui ſoluto matrimonio non jure veteri ſed ex teſtamento petere dotem poteſt, & differentiam conſtituit inter filium exhæredarum ex parte inſtitutum; filius exhæredatus, cui dos legata eſt, illico eam petere poteſt, ſoluto matrimonio, abſque ulla dilatione, quia pater voluiſſe videtur filium cui nihil præter dotem reliquit, lucrum aliquod ſerre ex legato, quod non ſerret ſi poſt divortium iiſdem diebus ei dos ſolveretur; quibus mulieri ſolvi debet, ei vero filio, quem hæredem ſcripſit ex parte, non videtur per dotem legaſſe ut ex ea fructus caperet ſolus ſine concurſu hæredum poſt divortium, ſed magis ut ipſe ſolus munere fungeretur reddendæ dotis, quaſi hæres & maritus, qua de cauſa poſt divortium non ſtatim percipit dotem, ſed annuis tribus penſionibus & indemnes hæredes ſuos ſervat, mox penſiones quaſque mulieri reddendo, vel alias eos defendendo contra mulierem penſiones repetentem.

Jam proſequantur, ſi legatum debitum ideo 15
utile eſt quia meliorem reddat conditionem creditoris in cauſa, ut dixi *cap. 1. num. 31.* tunc habita ratione utilitatis creditoris falcidiæ locus erit, & oneri fidei-commiſſi; pariter ſi ideo debiti legatum conſiſtit, quia melior redditur conditio creditoris, reſpectu loci habita ratione utilitatis, vel interuſurii & falcidia ex eo deducitur, & onus fidei-commiſſi locum habebit; ſi vero debitor creditori pignus conſtituat teſtamento, ſilet falcidia & ceſſat fidei-commiſſum, ut eleganter, *ex l. 3. §. ult. d. l. 3.* probatur quia legatum hoc non minuit hæreditatem argumento eorum quæ dixi *cap. 1. n. 4.* hæc omnia procedunt in legato debiti à debitore creditori relicto. At ſi extraneus debitum legaverit creditori, tunc falcidiæ & gravamini locus eſt, quia

lega-

legatum omnino minuit hæreditatem teſtatoris, quia nil debebat. Tandem ſi debitor non debitum, ſed rem alienam compenſandi animo, legaverit creditori facta debiti, & rei legatæ æſtimatione, ſi rei legatæ æſtimatio excedat, excedebat debiti æſtimationem, quia reſpectu partis excedentis hæreditas minuitur, in ea locus eſt falcidiæ *d. l.* 2. §. *idem Jul.* 13. *verſ. quod ſi præterea de dote praleg.* & oneri fidei-commiſſi *l. cum quis* 2. *in principio* §. *mulier* 1. *de dot. praleg.* ubi notat in recit. Cujac. *in l. ſi filius-fam.* 114. §. *ſi libertus* 1. *de leg.* 1. Ex quibus omnibus apparet veriſſimam eſſe regulam illam, quam initio conſtituimus, ſcilicet ex ſimili legato debiti ita demum falcidiam diſtrahendam, & fidei-commiſſum locum habiturum; aliàs licet utile ſit legatum, nec falcidiæ, nec fidei-commiſſi oneri eſſe obnoxium.

16 Denique ut nil intactum relinquam, illa ſupereſt quæſtio diſceptanda, an ſcilicet inutile legatum debitum ſit legibus caducariis? ad cujus reſolutionem ſciendum, quod cælibes, & orbi, licet hæredes inſtitui poſſint, vel legata eis poſſint relinqui; ſi tamen intra centum dies matrimonium non contrahebant, & legi non parebant, hæreditates & legata ex legibus Jul. & Pap. caducabantur, & vindicabantur fiſco, ut conſtat ex Ulpian. in fragment. *tit.* 17. *de caduc. in principio & lib.* 22. §. 2. quod & paſſim notum eſt; quo ſuppoſito, illud quæritur, an ſi debitor creditori, cælibi, vel an debitum utiliter legaverit, & creditor legatarius legi non paruerit, fiſco locus ſit? & diſtinguendum eſt legatum continens perfectum commodum veluti interuſurium, vel alterius utilitatis à legato debiti puri, quod valet propter vindicationem in prima ſpecie, cadit in fiſcum abſque dubio intereſſe illud, ut probant textus junctis inſcriptionibus *in d. l. ſin autem* 29. *de leg.* 1. *d. l. cum ab uno* 53. *de legat.* 2. *d. l. ſi cui fundus* 54. *eod. tit.* In ſecunda vero, non cadit in fiſcum debitum, quia nihil creditor ex teſtamento lucratur, quod in fiſcum cadere poſſit; alioquin fiſcus admitteretur, vel hæres duplici debiti præſtatione oneraretur contra voluntatem teſtatoris, vel cælibi ſub debito ceſſaret contra omnem juris rationem. Deinde cælebs capax eſt legati ut alteri reſtituat *d. l.* 42. *de legat.* 2. *d. l.* 28. *de legat.* 3. *d. l.* 16. §. 15. *ad Treb.* Ergo idem dicendum eſt, cum ei purè debitum legatur: Deinde non poteſt efficacius ſe gerere lex Papia in legatis cælibi relictis, quam lex falcidia in omnibus; ſed lex falcidia, ut diximus, locum non habet in hujuſmodi legato, ergo nec lex Papia eadem ratione, quia nihil percipit legatarius, quod defuncti patrimonium minuat; quod arguendi genus à falcidia ad legem Papiam in non diſſimili ſpecie confirmat, attenta inſcriptione *ad legem ſi fundus* 65. *ad falcid.* Tandem evidenter aſſumptum probatur *ex l. cum quis decedens* 37. §. *Titia* 6. *de legat.* 3. *l. qui teſtamentum* 27. *de probat.* ubi legatum ideo vindicat, ſeu aufert fiſcus à legatario, quia cum incapax eſſet prætextu debiti, quod non erat, ei relictum eſt. Unde legatum debito obumbratum eſt in fraudem. Ergo ſi ei debita eſſet vere quantitas legata, nulla fraus fiſco fieret, & legatum cælebs caperet, ex quibus in præſenti eadem adhibenda eſt diſtinctio quam circa falcidiæ deductionem adhibuimus, & hæc de hoc capite, & integro de legato debiti tractatu.

DON JOANNIS PUGÆ ET FEIJOO

JURISCONSULTI

ET PRIMARII ANTECESSORIS SALMANTICENSIS.

TRACTATUS ACADEMICUS II.

De falſis demonſtrationibus, & cauſis adjectis legatis, vel fidei-commiſſis. Sive ad Titulum Pandectarum, *De conditionibus & demonſtrationibus & cauſis*, & ad Titulum Codicis *De falſis cauſis.*

CAPUT PRIMUM.

DE FALSIS DEMONSTRATIONIBUS.

1 Sive Teſtator hæredem inſtituat, ſive alicui quid leget, perſonam hæredis aut legatarii, & rem legatam demonſtrare oportet, ut certò appareat quem ille intellexerit, & de quâre ſenſerit. Demonſtrantur autem tam perſonæ quàm res citra controverſiam ſuo nomine. Cæterùm & aliis ſignis demonſtrari poſſunt, quæ propriè demonſtrationis appellatione comprehenduntur. Demonſtratio enim nihil eſt aliud quàm adjectio omnis extrà nomen perſonæ, aut rei deſignandæ causâ adhibita, ut ait Donell. *lib.* 8. *comment. cap.* 14. Unde & plerumque vice nominis fungi dicitur, quia tantumdem præſtat *l. certam 6. de rebus cred. l. ſi in rem 6. prope finem de rei vindicatione. l. nominatim* 34. *de c. & d.* quapropter demonſtratione adſtante, perinde inſtitutionem & legatum conſiſtere certum eſt, ac ſi proprium nomen eſſet expreſſum *l. quoties 9. §. ſi quis nomen* 8. *l. nemo* 58. *l. aſſe toto* 77. *de hæred. inſtit. l. inſtitutio talis* 10. *verſic. proinde de cond. inſt.* cui & illud conſequens, ut ſi falſum nomen adjectum ſit, errante in nomine teſtatore, nihilominùs & inſtitutio & legatum valeant, quaſi nomen omnino adjectum non eſſet, dum modò certum ſit demonſtratione teſtatoris de quo ille ſenſerit, & quam rem legarit *l. qui habebat* 28. *in fin. de rebus dubiis l. ſi ita ſcriptum* 8. *§. ſed cum in pronomine* 2. *de bonor. poſſeſſ. ſecundùm tabulas l. ſi quis* 4. *de leg.* 1. *l. ſi in nomine* 4. *c. de teſtamentis §. ſi quidem in nomine* 29. *inſt. de legat. argumento textus in l. ſi in nomine* 32. *de verb. obl. l. in venditionibus* 9. *§. ſi in nomine* 1. *de contrah. emptione.* Pariter & illud infertur, ſcilicet, quòd ſi vel in perſonâ legatarii, vel re legatâ demonſtrandâ teſtator erraverit, tamen perinde legatum valeat, ac ſi nullus error interveniſſet, dummodò vel ex nomine, vel aliunde conſtet cui legare, aut quam rem legare teſtator voluerit.

Ex quo principio ſequens juris regula fluit: falſa demonſtratio legatum non perimit, ſi aliunde de perſonâ legatarii & de re legatâ conſtet. Textus ſunt *in l. his verbis* 48. *§. ſi in patre ult. de hæred. inſtit. l. ſi ſic legatum* 75. *§. ſi mihi* 1. *de leg.* 1. *l. Lucius* 88. *§. ſi quis* 10. *de leg.* 2. *l. patronum* 35. *§ ſempronium* 1. *& §. libertum* 2. *l. Lucius* 93. *§. ſempronia* 1. *l. his verbis* 102. *§. pater-familias* 1. *de leg.* 3. *l.* 1. *§. ſi quis uxori* 8. *l. cum ſcriptum* 6. *de dote prælegata. l. Quirtus Mutius* 10. *de auro & argento leg. l. ſi quis* 25. *l. Aurelius* 28. *de rebus dubiis. l. demonſtratio* 17. *in principio, & in §. igitur* 1. *l. falſa demonſtratio* 33. *l. nominatim* 34. *l. quibus diebus* 40. *§. qui dotalem* 4. *l. cum tale* 72. *§. fin. de c. d. l. teſtamento* 60. *de man. teſtamento. l. etiamſi veritas* 2. *l. ſui deſignata* 3. *l. ult. c. h. tit. de falsâ causâ adjecta legato vel fidei-commiſſo. §. huic proxima* 30. *inſt. de legat.* Ex jure regio ſunt textus *in l.* 19. *l.* 20. *tit.* 9. *p.* 6. Ejus ratio ex dictis provenit; nam cum demonſtratiu ſolùm perſonæ vel rei deſignandæ causâ adhibeatur, ſi aliunde de perſonâ vel re legatâ conſtat, inſuper habetur, utpote ſuperflua. Egregiè Ulpianus *in d. l.* 1. *§. ſi quis uxori* 8. *de dote prælegata* ibi: *nam quidquid demonſtratæ rei additur ſatis demonſtratæ, fruſtra eſt.* Superflua enim adjectio non ſolet legatum, ſicut nec quam libet aliam ſcripturam vitiare *l. quæſitum* 12. *§. ſi quis fundum penult. de inſtructo vel inſtr. legato. l. ſi ſervo* 26. *§.* 1. *in fin. de adimendis legatis. l. quæ extrinſecus* 65. *de verb. obl. l. pediculum* 32. *§. labeo* 6. *de auro & argento legato. l. quæ dubitationis* 81. *l. non ſolent* 94. *de reg. jur. l. teſtamentum* 17. *C. de teſtamentis* cum ſimilibus. 2

3 Diximus falſam demonſtrationem legatum non vitiare, verùm non abſolutè hanc regulam intelligendam, ſed ita demum, ſi aliunde de perſonâ legatarii, & re legatâ conſtet, quod ut pleniùs percipiatur, ſciendum eſt duplicem eſſe de-

monſtrationem, ſuperfluam unam, neceſſariam alteram. Superfluam demonſtrationem illam dicimus, quæ rei vel perſonæ jam ſatis deſignatæ demonſtrandæ gratiâ adhibetur, quæ ideo ſuperflua dicitur, quia eâ inſuper habitâ de perſonâ legatarii &re legatâ conſtat: exempli gratiâ demonſtratio ſubjecta rei vel perſonæ nomine ſuo deſignatæ ſuperflua eſt, veluti ſi teſtator dicat: *Caio Sejanæ domus Domino centum de, lego, vel* ita: *Stichum ſervum meum vernam Mævio do, lego*, aut *Stichum quem à Caio emi.* Cum enim conſtet de perſonâ & re legatâ ob proprii nominis expreſſionem, adjectio ſequens, quæ demonſtratio eſt, utpote ſupervacuè adjecta, ſuperflua rectè dicitur. Neceſſariam illam demonſtrationem dicimus quæ perſonæ, vel rei aliàs non deſignatæ demonſtrandæ causâ adhibetur, quæ neceſſaria ideo dicitur, quia abſque eâ de perſonâ legatarii, & re legatâ non conſtat. Verbi gratiâ, ſi teſtator ita dicat: *Ex cognatis meis ſi quis filiam meam uxorem duxerit, ei hæres meus centum dato*, vel ſi is qui nullos fundos habebat ita legaverit: *Fundum quem Mævius poſſidet Sempronio do, lego.* cum enim nec de perſonâ nec de re legatâ conſtet ob proprium nomen, demonſtratio deſignationis causâ appoſita neceſſaria eſt: regula ergo noſtra de ſuperfluâ ſupervacuâque demonſtratione accipienda eſt, quæ etſi falſa ſit, legatum non evertit; non verò de neceſſariâ demonſtratione accipienda, cujus falſitas reddit inutile legatum; quippe cùm abſque ejus verificatione non appareat cui aut quam rem teſtator legaverit, conditionale reddit legatum, quod vel ex ejus veritate conſiſtit, vel ex falſitate evaneſcit: undè neceſſariam demonſtrationem ſoleo appellare demonſtrationem conditionalem, & conditionem demonſtrativam. Quæ doctrina authoritatibus illico exponenda roboratur, & mente eſt tenenda pro tractatûs noſtri non minoris partis intellectu.

4 Agnoverunt haſce duas demonſtrationum ſpecies, & inter eas traditum diſcrimen conſulti *in d. l. demonſtratio* 17. *in principio & §.* 1. *d. l.* 49 §. 4. *de C. & D. d. l.* 48. §. *ult. de hæredibus inſt. d. l.* 35. §. 1. & 2. *de leg.* 3. §. 8. *d. l.* 6. *de dote prælegatâ*. & Imperator *in d.* §. 30. *de legatis.* quibus locis, & aliis pluribus ſimilibus docemur ita demum falſam demonſtrationem legatum non vitiare, ſi de perſonâ & re conſtat. Ergo ſupponunt aliquando inſuper habitâ demonſtratione de perſonâ & re conſtare, aliquando verò non conſtare, & primo caſu falſam demonſtrationem non vitiare legatum, ſecundo verò vitiare. Expreſſum id traditur *in d. l. nominatim* 34. *de cond. & dem.* ubi de demonſtratione loquens Florentinus ſic concludit: *nec intereſt falſa an vera ſit, ſi certum ſit quem teſtator demonſtraverit.* Ergo ſi aliàs non conſtet de quo ſenſerit, multùm intererit, falſa an vera ſit demonſtratio; ut ſi vera ſit, legatum conſiſtat; ſi falſa, corruat. Ex quo & probatur neceſſariam demonſtrationem conditionale reddere legatum. Ulteriùs cum conditio vel ad præſens, vel præteritum tempus referatur, aut ſtatim infirmet legatum, aut omnino non differat *l. cum ad præſens* 37. *de rebus cred. l. cum in ſecundo* 16. *de injuſto rupto. l. conditio* 10. *de V. O.* §. *conditiones pen. inſt. eod. tit.* ea verò quæ in futurum confertur, legatum ſuſpendat §. *ſub conditione* 4. *inſt. de V. O.* Idem de neceſſariâ demonſtratione dicendum eſt Ea enim quæ præſens vel præteritum tempus concernit, legatum non ſuſpendit, ſed illico utile aut inutile reddit; quæ verò in futurum concipitur, omninò legatum remoratur, uſque dum exiſtat vel deficiat; idque ſibi eredo voluiſſe Florentinum *in d. l.* 34. §. 1. *de cond. & dem.* ibi: *inter demonſtrationem & conditionem hoc intereſt, quod demonſtratio plerumque factam rem oſtendit, conditio futuram.* Ergo ſenſit demonſtrationem quandoque faciendam rem oſtendere, & in futurum referri.

Neceſſaria ergo demonſtratio perſonæ vel rei in 5
futurum tempus collata conditionale efficit legatum, & illud, ſi falſa ſit, vitiat. Huc cenſeo referendos textus à nullo ex his, quos viderim, ad rem expenſos *in l. quoties* 9. §. *ſi quis ita dixerit* 10. & §. *planè* 11. *l. Titius* 24. *cum duabus ſequentibus de hæred. inſt. l. qui liberum* 8. *in fin. principii.* & §. 1. *de vulg. l. ut ex fratribus* 23. *l. qui ex fratribus* 24. *de cond. inſt. l. æquiſſimum* 2. §. *ſi quis ita inſtituerit* 6. *de bonor. poſſeſſ. ſecundum tabulas l. ſi ſervus* 108. §. *hujuſmodi* 3. *de leg.* 1. *l. ſi ſibi* 10. *de leg.* 3. *l. qui plures* 18. *de uſufructu legato. l. quoties* 11. *de rebus dubiis.* §. *incertum* 25. *verſic. ſub certâ vero demonſtratione inſt. de leg.* & ſi qui ſint ſimiles, in quibus omnibus cum incerta perſona ex certis ſub certâ demonſtratione inſtituitur, aut ei legatum relinquitur, demonſtratio in futurum tempus collata conditionem injicit inſtitutioni & legato, quia abſque ejus verificatione non apparet cui legatum datum intelligitur. Nec quemquam turbet quod eo modo concepta inſtitutio non abſolutè & verè conditionalis, ſed quaſi conditionalis dicatur *in d. l.* 9. §. 11. *de hæredibus inſt.* Nam præterquàm quod in aliis relatis juribus conditionalis ſimpliciter dicitur, dictio *quaſi* interdum non improprietatem, ſed veritatem exprimit, ut probat noſter Pichard. *in rubrica de adopt. num.* 23. idque ſenſiſſe Ulpianum *d.* §. ſuadet contextus. Nec majus negotium facit, quod eo modo relictum legatum Juſtinianus *in d.* §. 25. ſub certâ demonſtratione datum dicat; nam licet demonſtratio pendeat ex fallibili & contingenti eventu, tamen certa jam ab initio dicitur, quia non immensò vagatur, ſed certo perſonarum ordine, aut numero conſtringitur ad differentiam ejus demonſtrationis, quæ incertæ perſonæ ex incertis adjicitur.

Opponuntur textus *in l. unum ex familiâ* 67. 6
§. *rogo* 7. *de leg.* 2. *l. cum quidam* 24. *l. cum pater* 77. §. *hæreditatem* 4. *eod. tit. l. is qui complures* 94. *de leg.* 3. *l. ſi quis Titio* 17. §. *ſi hæres* 1. *de leg.* 2. *l. labeo* 21. §. *ult. de ſtat. liber.* Ubi ſi legatum relinquatur uni ex liberis, cognatis, vel libertis, cui hæres velit, vel ſi hæres rogatus ſit fideicommiſſum vel univerſale, vel particulare reſtituere uni ex liberis cui voluerit, ſi hæres nullo electo decedat, omnes ad legatum vel fideicommiſſum admittuntur. Nunc ſic argui poteſt: en ubi legatum aut fideicommiſſum relictum fuit ſub neceſſariâ demonſtratione, ſine qua non appareat cui datum ſit, & tamen licet demonſtrationis eventus deficiat, conſiſtit. Ergo falſa demonſtratio, quamvis neceſſaria, legatum non vitiat. Reſpondeo doctrinam noſtram, qua aſſerimus demonſtrationis neceſſariæ defectum irritare legatum, procedere cum demonſtratio pendet ex contingenti eventu, aut deſignatione teſtatoris, ut in juribus ſuperiori numero adductis; aliud verò dicendum eſſe, quoties demonſtratio ex hæredis facto pendet, ut in juribus expenſis, in quorum ſerie ex hæredis electione pendet, quo caſu abſurdum eſſet ex ejus voluntate legatum infirmari; cum teſtator in ejus arbitrio non poſuerit, an velit reſtituere, ſed cui

potiùs reſtituat, atque ita ſolius diſtributionis liberum arbitrium conceſſerit *l. utrum 7. §. cum quidam 1. de rebus dubiis. l. pater ex Provinciâ 22. de manum vindict.* Ideo ut melioti modo, quo poſſit, teſtantis voluntas adimpleatur, omnes electione non ſequutâ admittuntur, vel poſſet forſan dici, quòd licet hæres non eligat, non deficit demonſtratio ex eo; nam hæres poteſt plures vel omnes nominare *l. 67. §. itaque 2. de leg. 2.* unde ſi nullum proponit per electionem, omnes cenſetur nominare: nec ea res teſtatoris repugnat voluntati, qui non ideo uni ex familiâ fideicommiſſum reliquit, ut cæteros excluderet, cum perſonam non deſignaſſet, ſed ut hæredi eligendi arbitrium conferret, & hæres per electionem beneficii quodam modo debitorem acquireret; quare ita defuncti voluntatem interpretamur, ac ſi electione ceſſante omnes ad legatum aut fideicommiſſum vocaſſet.

7 Difficiliores habet nexus textus *in l. generali 32. §. filios 1. de uſufructu legato.* cujus hæc eſt ſpecies: Mulier nupſit Seio, & ex eo filios aliquos ſuſcepit, eo mortuo nupſit alii ex quo filiam ſuſcepit: in teſtamento hæredes inſtituit ex æquis partibus filios ex Seio ſuſceptos, & filiam ex alio marito procreatam; in eodem teſtamento ita legavit matri ſuæ: *Ælia Docardi matri mea dari volo quoad vivat uſumfructum bonorum meorum: ita ut poſt obitum ejus ad liberos meos, aut ad eum qui ex his vives, pertineat.* Adierunt omnes hæreditatem, & vivâ uſufructuariâ filii ex Seio ſuſcepti deceſſerunt; poſteà uſufructuaria deceſſit, ſolâ vivente filiâ ex alio marito ſuſceptâ. Quærit Scævola utrùm uſusfructus ad ſolam filiam ſuperſtitem, an pro hæreditatis portione ad defunctorum quoque filiorum hæredes pertineat? Et reſpondet ad omnes redire, apud quos proprietas eſſet, tam ad hæredes defunctorum filiorum quàm ad ſuperſtitem filiam. Nunc ſic expendo: En ubi legatus fuit uſusfructus Seio neceſſariâ demonſtratione in futurum collatâ, ſcilicet ei ex liberis qui vixiſſet; & tamen deficiente demonſtratione, ſcilicet mortuis filiis ex primo matrimonio ſuſceptis, uſusfructus non ſolùm ſpectat ad filiam, in cujus perſonâ vera exiſtit demonſtratio, ſed ad hæredes cotum filiotum, in quorum perſonâ falſa apparuit, ergo neceſſariæ demonſtrationis falſitas legatum non reddit inutile.

8 Omiſſis antiquorum ſomniis reſpondendum eſt in dictâ hypotheſi legatum uſusfructùs poſt mortem uſufructuariæ hæredibus relictum nullius fuiſſe momenti, *l. qui fructus 25. de uſufructu legato*, quia cum uſusfructus extinctus ipſo jure proprietate conſolidetur, fruſtra in eum caſum hæredibus Dominis proprietaris relinquitur; itaque teſtatricem nihil voluiſſe novi percipere, nec aliter de uſufructu diſponere, quàm diſpoſuerat de proprietate. Nec contrariam voluntatem indicare potuit Scævola verbis illis: *ita ut poſt obitum ejus ad liberos meos, aut ad eum qui ex his vivet, pertineat.* Quæ ita accipio, ut ſenſus ſit juſſiſſe teſtatricem uſumfructum pertinere ad filios qui poſt mortem ſuam viverent poſt mortem uſufructuariæ; itaque illa verba: *qui eis vivet* non ſunt jungenda cum illis *poſt obitum ejus:* non enim reliquit uſumfructum eis qui poſt mortem uſufructuariæ viverent, ſed eis qui poſt mortem ſuam ſupereſſent: unde cum omnes filii matri teſtatrici ſupervixiſſent, ejuſque hæreditate aditâ deceſſiſſent, quandocumque fructuaria deceſſerit, ad eorum hæredes uſusfructus jure conſolidationis revertitur. Nec Claudius in fine textùs Scævolam carpit, imò ejus deciſionis reddit rationem, & ait: *non credidit (Scævola) ipſum uſumfructum in vicem portionum hæreditariarum poſt mortem Aviæ inter ipſas datum*; id eſt, non credidit teſtatricem reliquiſſe uſumfructum eis qui poſt uſufructuariæ mortem ſupereſſent; ſed eis qui poſt mortem ſuam viverent; *eò magis quòd æquis partibus hæredes erant ſcripti*; & ideo cum parem affectionem mater erga omnes filios monſtraſſet, facilè exiſtimavit Scævola, ita accipienda eſſe verba, ut æqualitas inter omnes hæredes ſervaretur; unde nulla demonſtrationis falſitas hìc intercedit. Aliud ſanè dicendum eſſet, ſi filii illi non aditâ hæreditate ante fructuariæ mortem deceſſiſſent; tunc enim eorum hæredes nullam uſusfructùs partem haberent: non jure conſolidationis, quia proprietas penes ipſos non eſſet; non jure legati, quia nec uſusfructus in filiorum perſonâ conſiſtit; nec ſi conſtitiſſet, utpote perſonalis ad hæredes tranſmitteretur; quam expoſitionem deduco ex his quæ inter ſe contrarii dixêre Cujacius *in recitatione ad d. l. 32. §. 1. & lib. 10. obſ. cap. 39. & lib. 23. cap. 8.* Antonius Faber *lib. 1. conject. cap. 11.* D. Retes *lib. 4. opuſc. ad notas Claudii in d. l. 32. §. 1.*

9 Ex hac etiam neceſſariæ demonſtrationis in futurum collatæ naturâ intelligo textum *in l. Stichum qui meus erit 6. de legat. 1.* ubi teſtator dixit: *Stichum qui meus erit, cum moriar, heres meus dato*, & ait Jull. magis conditionem legati injeciſſe teſtatorem, quàm demonſtrare voluiſſe; idque ex eo apparere, quod ſi demonſtrandi causâ hæc ratio poneretur, ita concepta eſſet: *Stichum qui meus eſt*, non *qui meus erit.* conſtatque huic orationi *qui meus erit* ineſſe conditionem & demonſtrationem, quia quæ ineſt demonſtratio, cum in futurum ſit collata quoad omnes effectus, conditionale reddit legatum; unde ea oratio *qui meus erit* in eo ſolùm differt ab hac *ſi meus erit*, quod huic ſolùm ineſt conditio, & res præſens legatur ſub conditione, ſi permanſerit in dominio *d. l. 33. §. ſi quis legaverit 3. de cond. & dem.* non enim legatur quilibet ſervus poſteà Stichi nomine inſignitus, ſed is qui teſtamenti tempore Stichi nomen habuit; unde illius ſive neceſſaria, ſive voluntaria alienatio ita legatum extinguit, ut nec redemptione ejuſdem Stichi convaleſcat ex regulâ *legis cum ſervus 15. de adimendis legatis.* multòque minùs alterius comparatione, cui idem Stichi nomen imponatur, tametſi in locum prioris ſubrogetur argumento textûs *l. fidejuſſor 26. §. ult. de pignoribus.* Illi verò orationi *qui meus erit*, non ſolùm conditio, ſed & demonſtratio ineſt; non enim legatur Stichus præſens, quem tempore teſtamenti teſtator habet, ſed indefinitè Stichus, quemcunque habuerit mortis tempore, unde licet alienatione Stichi, ſive voluntariâ, ſive neceſſariâ, legatum extinguatur, elegans textus *in l. ſcribit 34. §. ult. in fine de auro & argento legato*, non quod revocatum ſit, ſed quod defuerit conditio, id verum eſt, cum nullum Stichum habet teſtator tempore mortis; ſi verò vel ipſum Stichum alienatum redemerit, vel alium ſervum comparaverit, & ei Stichi nomen impoſuerit, in eo legatum conſiſtit, optimus ad rem textus *in l. filia ſua 28. §. 1. de C. & D.* Docet Duar. *in l. 6. de leg. 1.* Oſſ. *lib. 8. comment. cap. 31. litterâ P.*

10 Ex quibus refellendi ſunt Donellus *lib. 8. cap. 31.* Cujacius *in recitatione ad textum in l. 6. de leg. 1. & lib. 2. obſ. cap. 39.* Emmanuel A Coſta *lib. 1. Select. cap. 6.* qui aſſerunt huic orationi *qui meus erit* ſolùm ineſſe conditionem, non demonſtra-

tionem, & eam non differre ab illâ *ſi meus erit* moventur ex eo; nam res deſignanda eſt rebus & notis præſentibus, ut certa fiat, non ex futuro tempore, quo qualis futura ſit, nunc ignoratur: at quando legatur Stichus qui teſtantis fuerit, cum morietur, non certus ſervus, ſed quisquis futurus erit Stichus tempore mortis legatur, ergo ei orationi ſolùm ineſt conditio, non demonſtratio. Expendunt textus *in l. nuper* 83. *verſic. planè de leg.* 3. ubi ait Pomponius hunc ſermonem: *Veſtem qua mea erit*, in tempus mortis collatum pro conditione accipiendum eſſe; ſimiliter & illum, *Stichum qui meus erit*; nec intereſſe utrùm ità dicat teſtator: an *ſi meus erit*; & labeonem eo nomine carpit, quod diceret ſermonem illum etiam in futurum tempus collatum pro demonſtratione accipiendum eſſe, ſed noſtra ſententia præter adducta fundamenta nititur expreſſo textu *in d. l.* 34. *§. ult. de auro & argento legato* ubi hæc ſcriptura: *aurum quod uxoris causâ paratum erit*, dicitur in ſe habere demonſtrationem legati, & argumentum, id eſt ſignum & deſignationem rei; ita enim verbum illud *argumentum* accipitur *in l. hac actione* 3. ad exhibendum, ut eruditè advertit Duaren. *ubi ſuprà*. Notanda itaque eſt audacia Cujacii, & ejus Aſſeclarum, quibus aſſentiri videtur Anton. Faber *de error. pragm. decade* 51. *errore* 4. *in fin.* qui textum hunc emendarunt: nam prævidere debuerunt conſultum non negare legatum hoc conditionale eſſe, imò aſſerere habere in ſe demonſtrationem, & conditionem; nam aſſerit aurum alienatum non deberi, ſive neceſſaria, ſive voluntaria interceſſerit alienatio; conſtat verò aliud fuiſſe dicendum, ſi legatum illud conditionale non eſſet.

11 Nec obſtat in contrarium allata ratio, cui facilè ſatisfit ex jam dictis; eterùm licet demonſtratio regulariter ad præſens vel præteritum tempus referatur, non nunquam in futurum confertur. Nec implicat rem vel perſonam ex futuro eventu, tempore quo exiſtat, deſignari; non verò repugnat ex futuro eventu, tempore quo exiſtat, rem demonſtrari; & uno eodemque tempore conditionem exiſtere & demonſtrationem, nec contrarium ſuadet textus in *d. l.* 83. nam ideo Pomponius Labeonis ſententiam improbat, quià ſolùm demonſtrationem, non condirionem illis verbis *qui meus erit* ineſſe dicebat, quod licet eo textu non colligitur, manifeſtè conſtat ex *l. ſervi electione* 5. *§. Labeo* 1. *de legat.* ubi is qui communem ſervum habebat ita legavit: *Stichum qui meus erit cum moriar, heres dato.* quæritur an totus debeatur, an pars? Labeo totum deberi reſpondit. Trebatius & Caïus, quorum ſententiam veriorem cenſet Paulus, reſponderunt partem deberi. Si in ſententiâ Labeonis huic legatorum ſolùm ineſſet demonſtratio, ſed & conditio, dicere potuiſſet totum ſervum deberi, cum reſpectu partis conditio defeciſſet; atqui dixit totum ſervum deberi: ergo ſenſit ſolùm ei ineſſe demonſtrationem, & eâ de causâ vitatus fuit à Pomponio in *d. l.* 85.

12 Verùm demonſtrationem in futurum collatam non reddere legatum conditionale probari videtur ex *l. his verbis* 102. *de leg.* 3. ubi vir ita uxori legavit: *Uxori mea lateralia mea viatoria, & quidquid in his conditum erit, qua membranulis meâ manu ſcriptis continebuntur, nec ea ſint exacta, cum moriar, licet in rationes meas tranſlata ſint, & cautiones ad Actorem meum transtulerim.* Deinde profectus in urbem ſecum tulit lateralia illa in quibus condiderat chirographa debitorum, & pecunias erogavit; ſicque evacuavit lateralia: poſt biennium reverſus in patriam alias pecunias condidit, & alia chirographa; quærit Scævola, an ea debentur quæ mortis tempore condita fuerant, & reſpondet non deberi quæ mortis tempore continerentur, tunc ſic arguitur: En ubi relativum refertur ad futurum tempus ibi: *& quidquid in his conditum erit*, & tamen quia evacuata fuerunt lateralia, quæ in eis condita ſunt tempore mortis in legatum non cedunt contra *d. l.* 28. *§.* 1. *de cond. & dem.* ergo demonſtratio in futurum tempus collata non reddit legatum conditionale. Nec ſatisfaciet qui cum ſubtiliſſimo A Coſtâ *d. lib.* 1. *ſelect. c.* 6. hanc diſtinctionem adhibuerit relativum cum futuro tempore, vel adjicitur incerto corpori ita: *Servum qui meus erit, aut aurum quod uxoris causà paratum erit*, vel certe corpori ita: *Stichum qui meus erit*, in incerto corpore relativum facit demonſtrationem, in certo autem & demonſtrato facit conditionem; quia in corpore incerto totum verſatur in demonſtratione ejus quod legatur; non verò refertur ad verbum legandi diſpoſitivum; at verò in corpore certo & demonſtrato relativum non refertur ad demonſtrationem rei legatæ, cum non ſit neceſſarium, ſed additur ad verbum legandi diſpoſitivum, & efficit legatum conditionale, in quo A Coſta intelligit *d. l.* 34. *§. ult. de auro & argento legato* ex doctrinâ Alexandri *in l. commodiſſime* 10. *de lib. & poſth. n.* 6. Unde cum in hac lege 102. relativum adjectum ſit corpori incerto, demonſtrationem, non conditionem injicit legato.

Non, inquam, qui hæc dixerit, difficultati ſa- 13
tisfacit: nam differentia illa omnino convincitur ex *d. l. nuper* 83. *de leg.* 3. ubi aſſerit Pomponius verbum hoc *meum* ad præſens tempus adjectum, cum certum corpus legatur, non facere conditionem, ſed demonſtrationem, ut ſi ita legaverit teſtator: *Stichum meum*; at ſi incertum corpus legetur, veluti ita, *Veſtem meam, vineam meam*, conditionem facere, quod probatur ex *l. ſi ita legatum* 7. *de auro & argento legato*, idem diſcrimen inter legata certi & incerti corporis viget, ſi ad præſens tempus relativum adjectum ſit, elegans textus in *l. Quintus Mutius* 10. *de auro & argento legato.* deinde docet Pomponius hunc ſermonem in futurum tempus collatum: *Veſtem qua mea erit*, pro conditione accipiendum eſſe, & illum *Stichum qui meus erit.* ergo licet conſultus agnoſcat diſcrimen inter caſum quo relativum præſentis temporis adjicitur corpori certo, ut hunc faciat demonſtrationem, & inter caſum quo additur incerto corpori, ut conditioaem faciat, tamen nullam admittit differentiam inter relativum futuri temporis, quod adjicitur certo corpori, & quod incerto corpori additur, ſed indiſtinctè ſcribit facere conditionem, demonſtrativam ſcilicet, ut jam ex dictis conſtat; idem liquet ex *d. l.* 34. *§. ult. juncto §. antecedenti de auro & argento legato.* ubi ſi teſtator ita leget: *uxori aurum quod ejus causâ paratum erit*, libræ alienatæ ipſo jure non debentur, ſive alienatio fuerit voluntaria, ſive neceſſaria. ergo relativum illud incerto corpori adjectum conditionem facit. Conſequentia patet; nam ſi demonſtrationem ſolùm faceret, legatum purum eſſet, nec quæcumque ſufficeret alienatio ut legatum diminueretur; ſed requiritur voluntaria ex regulâ *legis rem legatam* 18. *de adimendis legatis*

§. ſi rem ſuam 12. *inſt. de leg.* repete quæ diximus circa finem. Conducit & textus ſic intelligendus aliàs difficilis in *l prædia* 27. *§. liberto* 3. *de inſtructo vel inſtruendo legato*, ubi Patronus liberto ita legavit : *lego fundum cum omnibus quæ ibi erunt cum moriar*, & ait conſultus, quod ſi in cellâ vinariâ tempore mortis vinum deprehendatur, quod teſtator vendiderat nullâ neceſſitate compulſus, illud legati verbis continetur, niſi manifeſtam contrariam voluntatem hæres probaverit : quia verum eſt extitiſſe conditionem, cum vinum in bonis fuerit tempore mortis, quia ſolùm inſpicitur cum legatum ſit conditionale, utpote continens neceſſariam demonſtrationem, rejectâ interpretatione Fabri *lib.* 1. *conject. cap.* 6. & aliorum.

14 Ulteriùs ſic differentiam traditam ex his quæ ſuperiùs indicavi convinco huic orationi : *Stichum qui meus erit*, in ſententia Acoſtæ ineſt conditio, ſed hunc relativum reddit corpus legatum incertum : ergo relativum adjectum incerto corpori non ſolùm demonſtrationem, ſed & conditionem facit ; probo minorem. In hâc oratione non legatur certus & determinatus Stichus, quem teſtator habet tempore teſtamenti, ſed incertus & indeterminatus, is ſcilicet quem tempore mortis habiturus eſt, ut ſuprà *numero nono* probavi *ex d. l.* 28. *§.* 1. *de C. & D.* ergo relativum futuri temporis corpus aliàs certum reddit incertum. ergo de ſubjecto non ſupponente Coſta loquitur, dum adhibet diſcrimen inter caſum quo relativum hoc adjicitur corpori incerto, & eum quo certo corpori additur, cum nullo caſu certo corpori adjectum dici poſſit : quo ſolo fundamento fatisfit rationi differentiæ quam ipſe excogitabat. Ex eo etiam convincitur, quia ipſe fatetur, quod ſi in ſpecie *d. l.* 34. *§. ult.* nullum aurum haberet teſtator mortis tempore, nullum eſſet legatum. ergo legatum illud pendet ex futuro eventu, & per conſequens eſt conditionale. Tenendum itaque eſt relativum de futuro demonſtrationem ſimul & conditionem indiſtinctè injicere legato.

15 Nec obſtant textus quos in ſuæ ſententiæ confirmationem adducit Coſta. Expendit legem *commodiſſimè* 10. *de lib. & poſth.* ubi ſi teſtator ita poſthumum hæredem inſtituat ; *qui me mortuo naſcetur, hæres eſto*, ſi vivo eo naſcetur rumpit teſtamentum : cujus rei eam rationem reddit Pomponius, quia hic filius nec ſub conditione quidem hæres ſcriptus intelligitur ? ergo relativum incerto corpori, id eſt poſthumo adjectum, non reddit inſtitutionem conditionalem. Sed reſpondeo ex ipſo textu contrarium colligi, ubi poſthumus inſtitutus neutrius temporis habita mentione, purè dicitur inſtitutus. Ergo ſi unius ſolùm temporis factâ mentione inſtituatur, ſub conditione dicetur hæres ſcriptus ; quod ex eo patet, quod ſi in alienum caſum naſcitur, teſtamentum ut præteritum rumpit. Nec aliud ſuadent illa verba, nec ſub conditione quidem ſcriptus hæres intelligitur, quæ referenda ſunt ad caſum omiſſum, in quo certum eſt nec purè, nec ſub conditione ſcriptum hæredem intelligi ; quem ſenſum expoſtulant ſequentia illa verba : *qui in hunc caſum naſcitur qui non eſt teſtamento adprehenſus*, docet Cujacius *in d. l.* 10. Notandum tamen eſt, quod licet olim poſthumus inſtitutus in unum caſum, in altero præteritus cenſeretur *d. l.* 10. *l. gallus* 29. *§. forſitan* 8. *de lib. & poſth. l. ſi pater* 26. *de vulgari. l. ſi ita ſcriptum* 47. *§.* 1. *de hæredibus inſtituendis*, cum non poſſent conſulti caſum inſtitutionis ſupplere, etſi legis Velleïæ primo capite caveretur ſuum poſthumum & alienum inſtitutum juxta Aquilianam formulam non rumpere, etſi vivo teſtatore naſceretur, contra id *l.* 12. *tabul.* cavebatur, Paulus ſic intelligendus *lib.* 3. *ſententiarum tit.* 4. *§. talis ante penult.* Hodie tamen ex novâ Juſtiniani conſtitutione *in l. ult. C. de poſthumis hæredibus inſtituendis*, poſthumi in unum caſum inſtitutio concepta ad alterum extenditur ; quia benignè creditur non deficere demonſtrationis caſum, nec cenſetur pater ideo poſthumum inſtituiſſe in caſum quo poſt mortem ſuam naſceretur, ut eum in contrarium caſum non vocaret ; ſed potiùs quia ſe illico moriturum cogitabat : vel ſi inſtituit poſthumum qui ſe vivo naſceretur, non eo animo eum creditur inſtituiſſe, ut in altero caſu eum excluderet, ſed quia ſe non moriturum ante poſthumi nativitatem cogitavit. Quam differentiam inter novum & antiquum jus ex quibuſdam antiquioribus agnoſcunt. Cujacius *ubi ſupra*, Donell. *Gilquenius in d. l. fin.* noſter Pichard. in *lecturis Salmanticenſibus ad l. Gall. ad ejus principium cap.* 4. *n.* 200. *& ad §. nunc de leg.* 8. *cap.* 12. *n.* 14. ſimilis eſt quæſtio textûs *in l. fin. C. de inſtit. & ſubſt.* Videndus Gilquenius plures referens.

Expendit etiam *d. lib.* 1. *ſelectar. cap.* 7. *textûs in l. cum illud* 25. *§. hæres meus* 1. *quando dies leg. ced.* ubi ſi is cui pupillus nummos naturaliter tantùm debebat, quos ſcilicet ſine tutoris authoritate acceperat, & quibus locupletior factus non erat, ita legavit : *hæres meus Titio dato quod pupillus ſolverit*, ait Pap. hoc legatum ſimile eſſe legato fructuum qui ex fundo naſcentur, vel ejus quòd ex Areſcuſa natum erit, & aſſerit quòd ſi medio tempore legatarius moriatur, antequàm pupillus exſolvat, tranſmittit legatum ad hæredem ; tunc ſic inſurgit : En ubi relativum de futuro, incerto corpori fuit adjectum, & non injicit legato conditionem, ſed demonſtrationem ; aliàs enim ſi conditionale eſſet legatum, non tranſmitteretur ad hæredes pendente conditione *l.* 4. *l. ſi poſt diem* 5. *§.* 2. *quando dies leg. ced. l. unic. §. ſin autem aliquid ſub conditione C. de caduc. toll.* ergo relativum de futuro, incerto corpori adjectum non conditionem, ſed demonſtrationem injicit legato. Verùm prævidere debuit ſubtiliſſimus vir ex ipſo textu ſuam doctrinam expreſsè convinci ; fatetur enim Papin. omnia illa legata conditionalia eſſe, & nihil interim peri poſſe ; nec contrarium eſſe quod ad hæredes tranſmittantur, quippe cum conditiones illæ non ex teſtamento, ſed extrinſecùs, ex rerum quæ legantur naturâ, adveniant *l.* 1. *§. ult. de C. & D. l. interdum* 73. *de verb. obl.* quoad tranſmiſſionem non reddunt legata conditionalia, ut idem Papin. ſcripſit in *l. conditiones* 99. *de C. & D. & conſtat ex l. quod purè* 6. *§.* 1. *quando dies leg. ced.* quod idem ſervatur, etſi teſtator conditionem quæ ex rei naturâ ineſt expreſſerit, ut *in d. l.* 25. nam, ut vulgò dicitur & verum eſt, quæ tacitè inſunt, etſi exprimantur, ſi tamen eodem modo quo inſunt exprimantur, nihil operantur, ut in terminis probatur ex *d. l.* 25. *& ex l. hæc verba* 3. *de legat.* 1. *l. ſi Titio* 22. *§.* 1. *quando dies leg. ced.* Nec aliud probant illa verba *d. l.* 25. *namque dies legati, cui conditio non adſcribitur, quamvis extrinſecùs expectanda ſit, cedit*, quibus dicere videtur conſultus relativum 16

illud conditionem non injeciſſe ; nam ita intelligenda ſunt, ut ſenſus ſit teſtatorem non intelligi adſcribere ex teſtamento conditionem, quæ tacitè ineſt, etſi eam expreſſerit quoad hoc, ut legati tranſmiſſionem impediat, licet verum ſit, per illud relativum conditionem exprimi.

17 Rejectâ ergo illâ ſubtili magis quàm verâ differentiâ, dicere cogor, dum meliora occurrant, veram eſſe conjecturam eruditiſſimorum virorum quam amplectitur Cujacius in *recitatione ad d. l. 6. de leg.* 1. qui exiſtimant in *d. l.* 102. *de leg.* 3. dictionem *niſi* deeſſe ; itaque legendum, *reſpondi ſecundùm ea, quæ proponerentur non deberi niſi quæ mortis tempore &c.* ut ſenſus ſit ſolùm ea deberi, quæ mortis tempore in lateralibus eſſent, non verò ea quæ priùs condita, inde exempta fuerunt, & id ſcripſiſſe Scævolam conjector, tum quia quærit an ea tantùm videatur teſtator legâſſe, quæ poſtea reverſus in lateralibus condidit : ergo ſupponit deberi quæ mortis tempore in lateralibus eſſent ; ſolùmque quærit an quæ priùs condita fuerunt, legato cedant ? cui quæſtioni congruenter reſpondetur, non deberi niſi quæ mortis tempore continentur. Abſurdè ergo reſponderetur non deberi, cum in ipsâ quæſtione contrarium ſupponatur, tum etiam ex verſiculo *idemque ſi id*, in quo quæritur an cum emptiones prædiorum in eiſdem lateralibus condiderat, prædia quoque legato cedant ? & reſpondetur, ſi eo animo emptiones prædiorum ibi condidit, ut eorum proprietas legatariæ præſtaretur, poſſe defendi prædia quoque deberi. Abſurdum ſanè eſſet quærere, an etiam prædia hæc legatariæ deberentur, ſi nihil aliud eſſet in legato : abſurdiuſque eſſet reſpondere prædia quoque deberi : deinde & eſſet abſurdiſſimum decidere prædia illa deberi, cætera verò non deberi, cum nulla congrua diſcriminis poſſet reddi ratio ; ex quibus conſtat locum illum corruptum eo modo* emendandum eſſe.

18 Poſſunt etiam opponi textus in *l. ſi fundus* 44. *l. ſi chorus* 79. §. 1. *l. ſi ita legatum* 86. *de leg.* 3. *l. ſi uxori* 39. §. *cum ita* 1. *&* §. *Athenis* 2. *de auro & argento legato. l. ſeiæ* 20. §. *Pamphila* 6. *de inſtructo, vel inſtruendo legato*, quibus docetur, quòd ſi legatus ſit fundus cum omnibus quæ ibi erunt, quæ ibi caſu abſunt, legato continentur. Ergo relativum illud de futuro non reddit legatum conditionale : conſequentia patet ; nam ſi conditionale eſſet, ex eventûs quali quali exiſtentiâ conſiſteret, & ex defectu qualicumque evaneſceret. Sed reſpondetur, quod quoties legatum relinquitur per relationem ad certum locum, ea tantùm continentur quæ ibi erunt, ut perpetua maneant *l. uxorem* 41. §. *legaverat* 6. *de legat.* 3. *l. qui ſaltum* 67. Textus ſic intelligendus in *l. cui* 84. *de legat.* 3. *l. generali* 32. §. *uxori* 2. *de uſufructu legato*, quia alicujus rei eſſe, vel ad eam pertinere tantùm videtur, quod ibi non caſu, nec ad tempus, ſed perpetuâ deſtinatione collocatum eſt *l. fundi* 17. §. *labeo* 7. *de act. empt. l. debitor* 32. *de pignoribus. l. in prædiis* 7. §. 1. *in quibus cauſis pignora vel hypoteca tacitè contrahantur. l. ſi quis* 40. *de religioſ.* Docent plures quos refert Val. *lib.* 1. *illuſtr. tract.* 2. *cap.* 1. *n.* 17. & ex eâdem ratione ea quoque legato continentur, quæ non in perpetuum, ſed ad tempus, & caſu abſunt *l. quæſitum* 78. *l. ſervus* 82. *de leg.* 3. *l. quæſitum* 12. §. *idem reſpondit* 38. *de inſtr. vel inſtr. leg. l. ex facto* 35. §. *rerum* 3. *de hered. inſt.* unde cum in conditionibus expectanda ſit teſtantis voluntas *l. in conditionibus* 19. *de cond. & dem.* licet in dictis juribus legatum ſit conditionale, tamen cum conditio pendeat ex teſtatoris arbitrio, rectè reſponſum eſt ea quæ caſu ſunt, legato non cedere, cum à teſtatore eo animo illata non ſint, quemadmodum nec continentur quæ legatario inferuntur *l. omnia* 32. §. *cum ita legatur* 3. *de leg.* 2. *l. cum dilationis* 18. §. *Sabinus* 12. *de inſtr. vel inſtr. leg.* & è converſo deberi ea quæ caſu abſunt, cùm vel ignorante teſtatore ab alio, vel ab ipſo teſtatore, non tamen animo minuendi legatum, exempta inde ſint.

Deinde & in ſerie textûs *in d. l. 6. de leg.* 1. 19
cum ſimilibus debere conſiſtere legatum, etſi Stichus legatus alienatus ſit, probari videtur ex textu *in l. talem* 51. §. *ſi quis ita ſcripſerit* 1. *de hæred. inſt.* ubi teſtator ita ſcripſit : *Stichus, ſi meus erit, cum moriar, liber & hæres eſto*, & reſpondet conſultus, quod ſi vivus eum manumiſerit, adhuc tamen Stichus liber & hæres erit. Ergo pariter adhuc deficiente conditione inductâ per relativum de futuro *in d. l. 6.* debuit conſiſtere legatum. Reſpondeo deficiente quidem condiṫione inutilem reddi inſtitutionem *in d. l.* 51. §. 1. & ob id ſervum alienatum non poſſe adire hæreditatem ſine juſſu emptoris, ut ipſe Martianus fatetur ; verùm non intelligi deficere conditionem ex eo quod à vivente teſtatore Stichus ſit manumiſſus ; nec enim eum caſum excludere voluit teſtator, ſed alterum tantùm, quo eſſet alienus ; & aliàs verba teſtamenti omninò huic conjecturæ non repugnent ; nam quamvis ſervus ejus non eſt, libertus tamen eſt. Gravis tamen inſurgit difficultas ex *l. qui concubinam* 29. §. *ſi Stichus* 4. *de leg.* 3. Ubi quidam ita ſcripſit : *ſi Stichus & Dama ſervi mei in poteſtate meâ erunt cum moriar, tunc Stichus & Dama liberi ſunto & fundum illum ſibi habento.* Si ex his alterum Dominus alienaſſet, vel manumiſiſſet, labeo putat neutrum liberum futurum ; Tubero, cujus ſententiam voluntati defuncti magis convenire ait Javolenus, reſpondit eum qui remanſiſſet in poteſtate liberum futurum, & legatum habiturum. Ergo nulla eſt differentia inter caſum quo alter ſervus fuit manumiſſus, & inter caſum quo fuit alienatus, cum in neutro admittatur ad legatum. Reſpondeo cum Domino Santos ad *l.* 17. *de cond. & dem. n.* 7. *in d. l.* 51. illam conjecturam ex eo deſumi, quod teſtator videtur non tam ſervo conſulere voluiſſe, quàm ſibi eum hæredem habituro ; at verò in *d. l.* 29. §. 4. non ſibi, ſed ſervo potiùs proſpexit ; quapropter non eſt illi conjecturæ locus.

Ad hanc etiam partem neceſſariæ demonſtra- 20
tionis in futurum collatæ ſpectat textus in *l. cum certus* 5. *de tritico, vino, & oleo legato*, ubi ait Julianus quod cum certus numerus amphorarum viri legatur ex eo, quod in fundo Semproniano natum erit, ſi minùs natum eſſet, non ampliùs debetur ; quia hæc verba *quod natum erit*, quaſi taxationis vicem obtinent, quod idem obtinere in contractu emptionis, & venditionis, ſi vendita ſint decem pondera olei, ex eo quod in fundo certo natum erit, idem Julianus ſcripſit in *l. ſi debitor* 39. §. *veriſimile* 1. *de contrah. emptione*, & probat textus in *l. qui fundum* 40. §. *qui agrum* 2. *eod. tit.* ex quibus conſtat relativum de futuro conditionem ſimul & demonſ-

trationem injicere legato? idque ſibi voluit Julianus, dum verba illa *quod natum erit* taxationis vicem obtinere ſcripſit. Taxationes, ut obſervat Cujacius *lib.* 12. *obſ. cap.* 12. *ex l. Mævio* 41. §. 1. *circa finem de leg.* 2. & aliis locis ſunt præſcriptiones quædam verborum quibus oratio aut coërcetur, aut dilatatur; illa verò adjectio legato certo amphorarum numero rem legatam demonſtrat, & coërcet, ut ſi minùs naſcatur, minùs legato contineatur. Illud notatu dignum cenſeo, quod non animadverterunt Interpretes, ſcilicet Julianum indicaſſe controverſiam de hac re fuiſſe inter veteres, & alios contra ſenſiſſe: nam in *d. l.* 5. ſcribit placuiſſe, & in *d. l.* 39. §. 1. à pleriſque reſponſum eſſe. Notat ergo meo judicio Labeonem & ejus aſſeclas, qui cum exiſtimarent relativum de futuro demonſtrationem ſolùm, non conditionem injicere legato, quo nomine eos reprehendiſſe Pomponium in *d. l.* 85. *de leg.* 3. dixi ſuprà *n.* 11. conſequenter in allatis ſpeciebus dicere cogebantur integrum numerum amphorarum vini legatario deberi, etſi nihil natum eſſet; at cum obtinuiſſet relativum illud utrumque injicere legato, conditionem ſcilicet & demonſtrationem, meritò eos notans Julianus reſpondit placuiſſe, & à pleriſque reſponſum eſſe minùs legato contineri, ſi minùs natum eſſet, & ex ejus neceſſariæ demonſtrationis eventu, vel defectu, utilitatem vel inutilitatem legati pendere.

21 Adverſantur textus in *l. leg.* 17. §. 1. *de annuis leg. l. ex eo vino* 13. *de tritico, vino, & oleo legato l. firmio* 26. *in principio quando dies legati cedit. l. inter ſtipulantem* 83. §. *ſacram.* 5. *verſ. pro quo de verb. obl.* quibus omnibus docemur, quòd cum legatur certus numerus amphorarum vini in annos ſingulos, ex eo quod in certo fundo naſcetur, vel certa quantitas ex reditu prædiorum futuri anni, ſi aliquo forſan anno minùs natum fuerit, vel ſi quantitas ex illius anni reditibus redigi non poſſit, quod deeſſet ex cæterorum annorum ubertate ſupplendum eſt: ergo relativum de futuro non inducit conditionem. Donell. in *d. l.* 83. §. 5. *de verb. obl. circa finem n.* 9. ait hanc eamdem ſententiam contineri in *d. l.* 5. *de tritico, vino, & oleo legato*, cujus eum eſſe ſenſum contendit, ut ſi minùs natum ſit, non ſolùm primo anno, ſed & omnibus ſequentibus, quia nihil forte ampliùs natum ſit, minùs debeatur. Sed hæc interpretatio & verbis & menti repugnat, ſatiſque convincitur ex nuper dictis. Cujacius *lib.* 9. *reſponſ. Pap. in d. l.* 26. *quando dies legati cedit*, reſpondet multùm intereſſe, an legetur certus numerus, ex eo vino quod hoc anno naſcetur, an ſimpliciter quod ex fundo naſcetur: primo caſu, cum legatur certus numerus ex eo vino quod hoc anno naſcetur, quod eo anno deeſſet ex ſequentium annorum fructibus non eſſe ſupplendum, in quibus terminis intelligit textum *in d. l.* 25. Secundo verò, cum legatur ſimpliciter id quod ex fundo naſcetur, quod deeſt ex cæterorum annorum ubertate ſupplendum eſſe; quia generaliter fructus fundi omnium annorum demonſtrati ſunt; quibus terminis intelligo textus in contrarium expenſos. Sed divinatoria hæc eſt ſolutio; in dictâ enim *l.* 5. non proponitur legatus certus numerus amphorarum vini ex eo quod hoc anno naſcetur, ſed abſolutè ex eo quod naſcetur. Deinde etſi teſtator legavit ſimpliciter, creditur de primi anni fructibus ſentire, ut conſtat ex *d. l.* 39. *de contrah. emptione.*

Utrâque iſtâ ſolutione rejectâ reſpondendum 22
eſt cum Pacio *cent.* 6. *q.* 34. quem ſequitur Off. *lib.* 1. *comm.* Donell. *cap.* 19. *litterâ C.* qui aſſerit differentiam eſſe conſtituendam inter caſum quo legatur certus numerus fructuum ſemel ex his qui ex certo fundo ſunt naſcituri, & inter caſum quo legatur in ſingulos annos: priori caſu, ut in ſerie textûs in *d. l.* 17. §. 1. *de ann. legat. & in d. l.* 13. *de tritico, vino, & oleo legato* annorum quædam conjunctio fit; ita ut quod pro aliquo anno deeſt ex reditibus aliorum annorum, ſuppleatur ex præſumptâ teſtatoris voluntate. Nec tunc obſtat textus *in d. l.* 26. *quando dies legati cedit.* Ubi ſemel tantùm fuit legata quantitas, & tamen ex ſequentium annorum ubertate ſuppletur, cui inſuper habitâ ſolutione Pacii, & Off. *ubi ſuprà*, qui aſſerebant intercedere conjecturam voluntatis ex eo, quod teſtator conjunctæ perſonæ, fratri nempè ſuo, legavit. Reſpondeo cum Cujacio 9. *reſponſ. Pap. in d. l.* 26. ibi non fuiſſe legatos fructus qui ad modum certum naſcerentur, ſed legatum fuiſſe certam pecuniam, cujus quantitas non minuitur, ſi minores fructus ex fundo provenirent. Quapropter nullam conditionem habere legatum reſpondet Papin. ſed ſolùm ſolvendæ pecuniæ tempus prorogatum eſt, ut commodiùs ex reditibus hæres præſtaret, & ea eſt ratio ob quam ſequentium annorum ubertas expectatur; aliàs ſi teſtator legaſſet vel ſemel, vel in annos ſingulos certam pecuniæ quantitatem, nullâ habitâ mentione redituum fundi, licet in poſteriori parte caviſſet, ob eam cauſam legatario certos fundos eſſe obligatos, ut ex eorum reditu pecuniam perciperet, hæres omni modo teneretur integram quantitatem præſtare, etſi ex fundorum reditu redigi non poſſet, nullâ expectatâ ubertate inferiorum annorum, textus ſic intelligendus in *l. Lucius Titius* 12. *de aliment. legat.* Ubi advertit Cujacius 4. *reſponſ.* Pauli. Nec magis urget *d. l.* 83. §. 5. *de verb. obl.* quia, ut advertit Pacius *ubi ſuprà*, ibi ſtipulatus fuit quidam centum amphoras vini ex fundo, non ex reditu fundi, nec ex eo quod natum erit; quapropter quandocumque ex eo percipiantur, debentur.

Sed adhuc noſtræ doctrinæ, qua huc uſque 23
aſſeruimus relativo de futuro non ſolùm demonſtrationem, ſed & conditionem injici legato & alii cuicunque diſpoſitioni, graviter obſiſtunt textus in *l.* 2. *in principio &* §. 1. *l. ſi quis ita ſcripſerit* 36. *de hæred. inſtit.* ubi ſi quis ita ſcripſerit: *Lucius & Sempronius heredes ſunto ex partibus quas adſcripſero*, nullis adſcriptis partibus valida eſt inſtitutio, & ad æquas partes vocantur inſtituti. Si verò ſcripſerit: *ex partibus quas adſcripſi*, nullis partibus adſcriptis inutilis eſſe dicitur inſtitutio, quia, ut Ulpianus ait, hæc creditur ineſſe conditio: ergo primo caſu inſtitutio non eſt conditionalis, & per conſequens relativum illud demonſtrationem ſolùm injicit inſtitutioni; ſed cum Carolo Ruino in *l.* 6. *de leg.* 1. *n.* 3. & Mathæo Gribaldo *ibidem*, quem refert & ſequitur Off. *lib.* 8. *comm. cap.* 31. *litterâ F*, rejicienda eſt communis ſolutio, quæ tenet quòd ſi antecedens quod redditur conditionale per relativum de futuro, verſetur circa ſubſtantiam diſpoſitionis, defectus conditionis diſpoſitionem deficere faciat, ſin circa accidentia, ut in *d. l.* 2. tunc defectus conditionis accidentia vitiet, ſed non ſubſtantiam diſpoſitionis; rejicienda,

cienda, inquam, eſt hæc ſolutio; nam relativum de futuro facit conditionalem totam orationem, non antecedens tantùm, ut ex jam diſputatis conſtat: cum ipſis ergo reſpondeo duas eſſe proviſiones, hominis, & legis; quoties quis à proviſione legis recedit ſibi aliquid proponens, ſi quidem id perfecerit, valet; ſin, minùs ad proviſionem legis, pœnitentiâ prioris conſilii quæ uſque ad mortem eſt libera, reverſus creditur, ut accidit in dictis juribus in partium diſtributione, quæ ſi omittantur à teſtatore, fit à lege partes æquales tribuente ex voluntate teſtatoris, quomodo ſunt accipienda illa verba *d. l.* 2. quaſi duplici factâ inſtitutione, ſcilicet unâ hominis, alterâ legis ex hominis voluntate; contra verò ſi quis ſibi aliquem actum proponat, nec expedierit, nec quidquam à lege in contrarium caſum cautum ſit, ut evenit in *d. l.* 18. *de uſufr. leg.* & omnibus relatis *n.* 5. quia legatariorum incertitudini nullâ lege conſultum fuit in *d. l.* 6. *de leg.* 1. diſpoſitio in actu contrario non ſubſiſtit.

24 Res ſanè eſt difficilis, inculcanda, & amplius explicanda ſolutio. Verum eſt inſtitutionem eo modo conceptam *ex partibus quas adſcripſero*, eſſe conditionalem, & ob id cenſuiſſe Marcellum, ut refert Ulpianus in *d. l.* 2. nullis adſcriptis partibus eſſe inſtitutionem inutilem, perinde ac ſi ſcriptum eſſet: *ſi eis partes adſcripſero.* Sed tamen obtinuit, ut ea inſtitutio ſic accipiatur: *ex partibus quas adſcripſero, ſi minùs ex æquis*, ita ut duplex cenſeatur facta inſtitutio; cui diſpoſitioni anſam præbet teſtatoris voluntas, qui cum ita ſcribit, videtur dubitare an partes adſcripturus ſit, néc ne, & cogitare ſi fortè adſcripſerit partes, eos fore hæredes ex æquis partibus, ut cum judicio conſiderat Duaren. *in paraphraſi ad titulum de hæred. inſt. cap.* 3. & in *d. l.* 6. *de leg.* 1. quapropter docet Ulpianus aliud dicendum eſſe, ſi voluntas teſtatoris refragetur, quod procul dubio verum eſt cum teſtator dixit: *Si cum partes adſcripſero*; tunc enim non aliàs vult eos eſſe hæredes, quàm ſi partes adſcripſerit, argumento textûs in *l. Titia* 34. *in principio de leg.* 2. expreſſ. textus in *l. ult. in fin. de bonor. poſſ. ſecundùm tabulas.* Itaque verum eſt utroque caſu eſſe conditionalem inſtitutionem; ſed in primo conditio non excludit conjecturam voluntatis, ut in ejus defectum alia inſtitutio ex æquis partibus inducatur; in ſecundo verò conditio expreſſa eſt voluntas teſtatoris omnem conjecturam excludens ex regulâ textûs in *l. ille* 25. §. 1. *de legat.* 3. ex quibus convincitur Donell. qui *d. lib.* 8. *comm. cap.* 31. putavit utroque caſu utilem eſſe inſtitutionem, nullis adſcriptis partibus, motus illis verbis: *ſed magis eſt ut ſic utraque inſtitutio accipiatur &c.* quæ tamen ita intelligenda ſunt, id eſt, ut in primo caſu, quaſi duplici factâ inſtitutione, ſic utraque inſtitutio accipiatur ex partibus quas adſcripſem, una ſi minùs, ex æquis altera; ex quibus omnibus facilè poteſt ſatisfacere quis ſubtilibus argumentis Antonii Fabri, qui *de erroribus pragm. decade* 35. *errore* 10. per totum nimis multa, ut ipſe fatetur, in miſerum Tribonianum cumulat, qua ſolet verboſitate Marcelli opinionem amplectens.

25 Dictæ legi ſecundæ *de hæred. inſtituendis* opponi ſolet textus in *l. ſi coïta* 75. *pro ſocio*, ubi ſi coïta ſit ſocietas ex his partibus quas Titius arbitratus fuerit, Titio antequàm arbitraretur decedente, nihil agi Celſus reſpondet, eam reddens rationem, quia id ipſum actum eſt, ne aliter ſocietas ſit, quàm ut Titius arbitratus ſit, quod idem tenet in aliis contractibus eo modo celebratis *l. ſi merces* 25. *locati. l. ſi quis arbitratu* 43. *cum l. ſeq. de verb. obl. l. ult. C. de contrah. emptione.* ſed ex *d. l.* 75. *pro ſocio*, grave inſurgit argumentum: nam contractus ſocietatis ex proviſione legis, quæ nititur contrahentium voluntate, partibus non expreſſis, in æqualibus partibus contractus intelligitur, & tamen quia certa fuit ſocietas ex partibus quas Titiùs arbitratus fuerit, non ſecutâ partium deſignatione, irritatur contractus: ergo licet hæredes ſcripti ſine partibus ex juris proviſione ad æquales partes admittantur, tamen cum teſtator dixit: *ex partibus quas adſcripſero*, nullis partibus adſcriptis inutilis debet eſſe inſtitutio. Reſpondeo in *d. l.* 75. conditionem aſſignationis partium ad alienum factum referri, ſcilicet Titii extranei; quapropter non poſſumus deficiente aſſignatione partium, conjectari ſeu præſumere mutatum eſſe conſilium contrahentium, cum ex eorum arbitrio partium aſſignatio non pendeat. Quapropter ſi partium aſſignatio à teſtatore per relativum de futuro in extranei factum referretur, eâ deficiente ex eâdem ratione inutilis eſſet inſtitutio, quo modo poteſt intelligi textus in *l. clemens* 81. *de hæred. inſt.* ubi teſtator ita ſcripſit; *quantâ ex parte mea Titio hæredem inſtitutum recitaſſem, ea ex parte Sempronius mihi heres eſto.* & ait Paul. nullo recitato teſtamento inanem eſſe inſtitutionem, notavit Cujacius in recitatione ad hunc textum; at verò in *d. l.* 2. adſcriptio partium cum pendeat ex voluntate teſtatoris, datur locus conjecturæ & præſumptioni de quâ ſupra.

Objici etiam poteſt textus in *l. qui ex fratribus* 24. *de cond. inſt.* ubi teſtator ita ſcripſit: *Qui ex fratribus meis Titiam conſobrinam uxorem duxerit, ex beſſe hæres eſto, qui non duxerit, ex triente hæres eſto:* conſobrina vivente teſtatore deceſſit, quærit Pap. an fratres admittantur ad hæreditatem, & reſpondet ambos ad hæreditatem venientes ſemiſſes habere eâ redditâ ratione, quia *verum eſt eos hæredes inſtitutos ſed emolumento portionum eventu nuptiarum diſcretos:* ergo ſupponit relativum de futuro non reddere inſtitutionem conditionalem. Deinde ex hac evidenti ratione idem convincitur; nam ſi inſtitutio illa eſſet conditionalis, mortuâ conſobrinâ integrâ re, inutilis eſſet *l. in teſtamento* 31. *de cond. & dem. l. legatum* 4. *de C. inſt.* nec enim ut conditio pro impletâ habeatur, ſufficit non ſtare per eum cui appoſita eſt, ſed requiritur ſtare per eum in cujus perſonâ adimplenda eſt. *l. ſi poſt diem* 5. §. *item* 5. *quando dies legati cedit*, vel per eum cujus intereſt non impleri *l. juri civili* 24. *de C. & D.* Donell. *lib.* 8. *Comment. cap.* 34. ubi Oſſ. *per omnes litteras:* ergo cum mortuâ conſobrinâ teneat inſtitutio, relativum ſolùm demonſtrationem, non conditionem injicit inſtitutioni, cum tamen partium diſtributio non pendeat ex facto teſtatoris; reſpondeo conditionalem eſſe illam inſtitutionem, ut conſtat ex *l. uter ex fratribus* 23. *de cond. inſt. l.* 2. §. *ſi quis ita* 6. *de bonor. poſſ. ſecundùm tabulas l.* 9. *plenè* 11. *de hæred. inſt.* & deficiente conditione deficere; ſed non intelligi deficere conditionem mortuâ conſobrinâ, nam regula textûs in *d. l.* 31. *de C. & D. l.* 4. *C. de cond. inſert.* locum habet quoties ex conjecturis non deſumitur contraria teſtatoris voluntas, in 26

ſpecie verò noſtrâ datur conjectura voluntatis, ut conſiſtat inſtitutio, mortuâ conſobrinâ; quia cum teſtator unum ex fratribus vocaverit, qui conſobrinæ non nupſerit, ſed potiùs cui impoſſibile erat conſobrinæ nubere (nam eadem duobus nubere nequibat §. *ſocrum inſt. de nupt.*) & ita per quem non ſtetit, quominùs nuberet, manifeſtè ſenſit, quod quando per eoſdem non ſteterit, quominùs alteruter conſobrinam ducat, quia re integrâ deceſſerit, ambo mittantur in viriles portiones. Unde ex voluntate quam teſtator expreſſit circa unum ex fratribus, quem vocat ad hæreditatem, ex eo ſolùm quod per eum non ſteterit, colligitur mens ad utrumque, ut ſi per eos non ſteterit, ad viriles admittantur; per eos autem non ſtat mortuâ conſobrinâ, ſecundùm quæ intelligenda ſunt illa Papinii verba: *quia verum eſt eos hæredes inſtitutos* ſcilicet in hunc caſum, licet diſtributio portionum pendeat præciſè ex nuptiarum eventu, docet ſubtiliter & ingenioſè Benedict. Pinell. *lib. 2. ſelect. cap. 7. per totum, & præcipuè n. 12.*

27 His quæ diximus pro illuſtratione textûs in *d. l. 2. de hered. inſt.* conſequens eſt ſententia textus in *l. ſi teſtamentum* 8. *C. de inſt. & ſubſt.* Ubi ſi ita teſtator ſcripſerit: *Titius hæres eſto ſecundùm infrà ſcriptas conditiones*, & nullam conditionem adjecerit, ſancit Juſtinianus ſupervacuam eſſe conditionem, pollicitationem, & teſtamentum puram habere inſtitutionem, & ad id oſtendendum utitur reſponſo Papin. in *l. cum Pater* 77. *§. ult. de leg.* 2. ubi vicos civitati relictos, qui proprios fines habebant, non ideo minùs ex fidei-commiſſo deberi reſpondet, quod teſtator fines eorum, & certaminis formam quod ſingulis annis celebrari voluit, aliâ ſcripturâ ſe declaraturum promiſit, ac poſteà morte præventus non fecit: cujus conſtitutionis ea eſt ratio; nam illis verbis non certò conſtat teſtatorem voluiſſe conditiones adjicere, ſed conſilium ejus tantùm fuit apud ſe deliberantis, quod mutâſſe ex pœnitentiâ cenſetur, quod cum potuit, non adjecit argumento textûs *l. 6. §. 2. de Jur. Codicill.* Nec obſtat tunc textus in *l. quoties* 9. *§. tandem* 5. *de hæred. inſt.* ubi ait Ulpianus ex Marcello, quod ſi teſtator qui conditionem inſerere deſtinabat, non addiderit, inutilis eſt inſtitutio; nam omiſſis Duaren. *ad titulum de cond. inſt. cap.* 3. Hotomano *lib.* 1. *Amicab. cap.* 4. qui putarunt *dictam l. 9. §. 5.* per *d. l.* 8. abrogari, reſpondeo cum Donello in *d. l. 8. & lib. 8. comm. cap.* 21. quem ibi ſequitur, Oſſ. *litt. H.* Accurſ. *d. l. 9. §. 5.* procedere cum teſtator deſtinabat conditionem inſerere inſtitutioni, non aliter inſtituturus; quo caſu certum eſt voluiſſe inſtitutionem facere omninò conditionalem, nec voluntatem ipſius pati, ut pro inſtituto habeatur is qui reperitur inſtitutus purè, cum noluerit teſtator eſſe illum hæredem niſi ſub conditione, quo etiam caſu adhuc poſt conſtitutionem *d. l.* 8. idem vigeret.

28 Nondum me hinc abire ſinit Ant. Faber qui de *erroribus pragm. decade 35. err. 9. per tot.* Imperatorem in *d. l.* 8. ineptitudinis arguit, & *d. l. 9. §. 5.* emendat. Rationes hæ ſunt, etſi illa adjectio *ſecundùm conditiones infrà ſcriptas* non injiciat conditionem inſtitutioni, facit tamen ne inſtitutio ullâ ratione videri debeat pura, quamvis nulla conditio ſit ſubjecta; ſi quidem apertè demonſtrat voluntatem teſtatoris illam fuiſſe, ut puram inſtitutionem non faceret: ergo non adjectâ conditione, nulla debet eſſe inſtitutio, non pura, quia teſtator ab initio egit de faciendâ illâ conditionali, non conditionalis, quia nullam conditionem adſcripſit. Deinde ineptum ait eſſe argumentum quod Juſtinianus à Papiniani reſponſo tanquam à ſimili deducit; nam in ſpecie de quâ conſultus fuit Papinianus, vici quos teſtator civitati reliquerat, proprios fines habebant; ideòque ſi teſtator non expreſſiſſet fines, quos ſe per aliam ſcripturam demonſtraturum promiſerat, nihil tamen obſtabat, quòminùs fidei-commiſſum deberetur, cum de re relictâ conſtaret: in caſu verò *d. l.* 8. nullis à teſtatore expreſſis conditionibus nulla alia conditio ſubeſt quæ inſtitutioni naturaliter inſit. Quapropter aliud Papinius reſpondiſſet, ſi teſtator promiſiſſet ſe demonſtraturum alios fines, quàm qui uſque in eum diem fuiſſent, cum tunc mortuo ante demonſtrationem teſtatore non conſtet de quanto corpore ſenſerit, & per conſequens deberet eſſe inutile fidei-commiſſum. Ulteriùs ſic ratiocinatur Papinius illum caſum tractans, quo teſtator morte præventus non fecit quod ſe facturum promiſerat: ergo ſi bona eſſet inductio Juſtiniani, ſequeretur ut inſtitutio pura fieret, quam teſtator conditionalem facere voluiſſet, ſi morte præventus conditionem quam addere deſtinaverat, non addidiſſet, contra id quod ſupra dictum eſt: tandem emendat *d. l. 9. §. 5.* ſed futilia ſunt hæc argumenta: non obſtat primum, cui ſatisfit ex dictis numero antecedenti, ſi aſſeramus teſtatorem credi ex pœnitentiâ mutâſſe conſilium, eo ipſo quod conditionem non adſcripſit; undè aliud fore diximus, ſi teſtator non aliàs inſtitutionem valere voluiſſet quàm adjectâ conditione ex *d. l. 9. §. 5.* Nec magis urget ſecundum; nam ſententia Papinii eâ ratione nititur, quod vici certos fines haberent, nec enim id ſufficeret, cum teſtator non ſolùm promiſiſſet ſe fines demonſtraturum, ſed & certaminis formam quod ſingulis annis celebrari volebat; cum verò plures conditiones conjunctim opponuntur, omnes adimpleri neceſſe eſt *l. ſi hæredes plures* 5. *de cond. inſt.* & per conſequens mortuo teſtatore ante demonſtrationem certaminis, cum non conſtet de quo ſenſerit, inutile deberet eſſe fidei-commiſſum, ſi vera eſſet ea ratio. Ratio ergo quæ Papinium movit, eadem eſt quæ Juſtinianum, ſcilicet quia mutaſſe conſilium creditur teſtator. Nec tunc obſtat ultima conſideratio, nam quod Papinius ſcribit teſtatorem morte præventum nec fines, nec certamen demonſtrâſſe, eum ſenſum non habet; quaſi teſtator in animo ſemper habuiſſet demonſtrationem ſubjicere, morte verò improviſâ correptus id facere non potuiſſet, ſed illum potiùs, quòd ante demonſtrationem deceſſit, ex quo credimus mutaſſe conſilium; nam negare non poteſt ipſum, licet improviſâ morte fuiſſet correptus, potuiſſe ante perfectum teſtamentum, vel ante factos codicillos demonſtrare quod promiſit; ex quibus conſtat congruam juris regulis eſſe conſtitutionem *l.* 8. & ei optimè quadrare exemplum *d. l. 77. §. ult.* rationibus quibus Faber emendat *d. l. 9. §. 5.* ex dictis in ejus textûs explicatione fit ſatis.

Solet opponi textus in *l. ut hæredibus* 50. *§. cum ita legatum eſt* 2. *de leg.* 2. ubi ita ſcripſit teſtator: 29
quantam pecuniam hæres meus à Titio exegerit, tantam Mævio dato. Dubitat Marcellus, an hoc legatum ſit conditionale, & ex ſententiâ Publicii

reſpondet purum eſſe, ejuſque diem ſtatim cedere, & legatarium agere poſſe ut ſibi actiones præſtentur : ergo relativum de futuro non injicit conditionem legato. Reſpondeo cum Duateno *d. l. 6. de leg.* 1. quod in prædictâ ſpecie conditio fuit adjecta præſtationi legati, non legato, voluit enim teſtator ut legatarius conſequeretur, quod Titius debet, ſed ut hæres non cogeretur dare niſi quod exegiſſet ; unde hæres non poteſt conveniri ut det, antequàm exegerit, quia conditio ineſt ſolutioni, & exactioni rei : poteſt tamen conveniri, ut actiones præſtet ; quia legato non ineſt conditio : quod idem ſervatur, quoties id quod Titius debet, ſimpliciter alicui legatur ; nec enim poteſt legatarius ab hærede petere quantitatem priuſquàm eam exegerit, ſed ſolùm poteſt petere, ut ſibi actiones præſtentur *§. tam autem 21. inſt. de leg.* quapropter licet ex illâ legandi formulâ conditio inducatur, tamen cum ſit eadem ipſa conditio, quæ ex naturâ rei tacitè ineſt, etſi expreſſa ſit, non poteſt impedire ceſſionem legati ex regulâ *legis 3. de legatis* 1. cum ſimilibus.

30 Huic doctrinæ opponi poteſt textus in *l. qui Romæ* 122. §. *Aggerius 4. de verb. obl.* ubi filiusfamilias ſervo Publii Mævii ſtipulanti ſpopondit : *ſe daturum quidquid patrem ſuum Publio Mævio debere conſtitiſſet*, patre defuncto, antequàm conſtitiſſet quid, quantumque deberet ; quæſitum eſt, an ſi actum fuiſſet contrà hæredem, & de debito conſtitiſſet, filius teneatur, & reſpondet Scævola : *ſi conditio non extitiſſet, ſtipulationem non commiſſam*, tunc ſic : conditio quæ in hujus textûs ſerie inducitur per relativum de futuro expreſſum ex rei naturâ tacitè ineſt ; nam etſi filius ſimpliciter patris debitum promiſiſſet, non tamen priùs conveniri poſſet, quàm de debito conſtaret : & tamen quia expreſſa fuit, omninò reddit ſtipulationem conditionalem ; quin imò & ex eo quod vivo patre non exiſtit filius, ex eâ conveniri non poteſt : ergo pariter in *d. l.* 50. §. 2. *de leg.* 2. legatum debet eſſe conditionale, ex eo quod conditio expreſſa fuit per relativum de futuro ; licet aliàs tacitè ineſſet. Omiſſis intellectibus Donelli, Cujacii, Duareni, Connani, Hotomanni, & plurium aliorum quos refert, & acutè, & ſolidè refellit Oſſ. *lib.* 15. *comm. cap.* 12. *litt. B.* dicendum eſt cum ſubtili Coſtâ *lib.* 2. *ſelectar. cap.* 23. quem ſequitur Covarruvias *pract. quæſt. cap.* 39. *n.* 5. & *Oſſ. ubi nuper*, Scævolam cenſuiſſe conditionem illam impletam utiliter fuiſſe poſt mortem patris, nec enim id controverſiam admittit, & ob id, quia ſe de re non dubiâ conſuli vidit, cum ex propoſito facto appareret conditionem verè extitiſſe, reſpondiſſe obliquè : *ſi non extitiſſet conditio, ſtipulationem non commiſſam*, ut innueret, quia conditio omninò extitit, ſtipulationem commiſſam eſſe ; nam quemadmodum cum vocula ſi jungitur prætetito perfecto, dubium eſt quod in ratione conditionali ponitur eveniſſe, vel non eveniſſe, ſive affirmativa ſit, ſive negativa oratio ; ſimiles locutiones adducit ex Virgilio Coſta, & Oſſ. *ex pſalmo* 106. *verſ.* 23. *ut perderet illos, ſi non Moyſes extitiſſet in conſpectu ejus*, qui & popularibus exemplis id explicat. Quibus ſuppoſitis difficultati expenſæ quam excogitavit Conannus *lib.* 6. *comm. cap.* 3. *n.* 9. Reſpondeo in ſpecie de quâ loquimur conditionem fuiſſe expreſſam quæ inerat, ſed alio modo, quàm quo inerat, quod ſic oſtendo : Quoties quis promittit debitum Titii, ita demùm tenet ſtipulatio, ſi de debito conſtat ; verùm illico cum eo agi poteſt ob hoc ipſum, ut conſtet debitum ; at cum quis promittit quod debere Titio conſtiterit, non ante conveniri poteſt, quàm conſtet deberi, quod licet lite inſtitutâ cum Titio, vel ejus hærede, ut in *d.* §. 4. ubi ita demùm dicitur exiſtere conditionem, ſi conſtet deberi, cum actum ſit hærede patris ; quapropter redditur ſtipulatio omninò conditionalis ; quippe quæ tacitè inſunt, ſi alio modo, quàm quo inſunt exprimantur, omninò conditionalem diſpoſitionem efficiunt *l. ſi ita legatum* 65. §. *illi ſi volet* 1. *de leg.* 1. *l. ſervo* 47. *l. ſi ita expreſſum* 69. *de C. & D.* at in *d. l.* 50. §. 2. conditio quæ tacitè ineſt, eo modo fuit expreſſa, quo ineſt, & per conſequens non reddit legatum conditionale ex regulâ *d. l. 3. de leg.* 1. cum aliis.

Tandem expendi poteſt textus in *l. potior* 11. §. *ſi colonus 2. qui potiores in pignore habeantur*, ubi colonus convenit, *ut inducta in fundum, illata ibi nata pignori eſſent.* Et antequàm induceret rem aliquam alii hypothecæ nomine obligavit, quam poſteà in fundum induxit ; quæritur quis ex creditoribus potior erit, & reſpondit Gajus, potiorem eſſe eum qui purè ſpecialiter accipit ; quia res in fundum inducta non ex priore conventione obligatur, ſed ex inductione in fundum ; tunc ſic : in hac ſpecie contracta fuit obligatio pignoris per relativum de futuro, illa enim conventio, *invecta & illata* hunc ſenſum reddidit : *quæ inferenda & invehenda erunt*, & tamen nec ſub conditione contracta fuit obligatio ; aliàs enim cum exiſtens conditio ad tempus contractûs retrotrahatur *l. 8. verſ. quod ſi pendente, de periculo & commodo rei vend.* præfertur primus creditor, ut conſtat ex §. 1. *ejuſdem legis* 11. ergo relativum de futuro non injicit conditionem diſpoſitioni. Reſpondeo pignoris obligationem de quâ in *d.* §. 1. fuiſſe conditionalem ; actum enim fuit, ut hæ res pignoris nomine obligarentur, quæ inferendæ ſunt, id eſt, ità demùm, ſi in fundum inferrentur, quod ex ipſo §. probatur, dum ait potiorem eſſe eum qui purè accepit, ſcilicet ſecundum creditorem ; ergo ſupponit primam obligationem ſub conditione fuiſſe contractam. Nec tunc obſtat conſideratio deducta ex §. 1. *d. l.* 11. nam reſpondeo prædictam regulam veram eſſe, quoties pignoris obligatio contrahitur ſub conditione, quæ non eſt in poteſtate debitoris ; cum enim ipſe non poſſet reſilire, nec facto ſuo ejus implementum impedire ex præſenti tempore, hoc jus acquiritur creditori, & conditio exiſtens retrotrahitur, quod ſufficit, ut præferatur poſteriori creditori, qui rem pignori purè accepit : at verò quoties pignoris obligatio contrahitur ſub conditione, quæ eſt in poteſtate debitoris, ut *d.* §. 2. nullum jus ante implementum creditor acquirit, cum debitor poſſit reſilire, & conditionem non implere : proinde tota obligatio æſtimatur ex tempore impletæ conditionis, nec retrotractationi locus eſt ; quapropter potior eſt creditor qui ante impletam conditionem rem purè pignori accepit. *l. Titius 4. quæ res pignori. l.* 1. ubi Cujacius 8. *quæſt. Pap. l.* 9. §. 1. Ubi Cujacius 8. *ad African. qui potiores in pignore*, unde non ideò ſecundus creditor præfertur in *d.* §. quod prior obligatio non ſit conditionalis, ſed quod fuerit ſub poteſtativâ conditione contracta.

32 Conſtat jam neceſſariam demonſtrationem conditionale omninò quoad omnes effectus reddere legatum, ſi in futurum tempus conferatur. Nunc de demonſtratione in præſens vel præteritum tempus collatâ dicamus, quæ maximè differt à demonſtratione in futurum tempus collatâ; hæc enim, ut ex diſputatis liquet, non poteſt non eſſe neceſſaria, & omninò injicit legato conditionem; illa verò quandoque neceſſaria, aliquando ſuperflua eſt; neceſſaria eſt, quæ rei aliàs non deſignatæ demonſtrandæ causâ ſubjicitur; ſuperflua, quæ rei ſatis deſignatæ demonſtrandæ gratiâ adhibetur, ut ſuprà diximus. Neceſſaria demonſtratio in præſens vel præteritum tempus collata, abſque quâ de rê legatâ non conſtat, conditionem quidem injicit legato, quæ aut ſtatutum ipſum informat, ſi falſa eſt, aut omninò non differt, ſi vera eſt, cum non pendeat ex aliquo eventu, ut dice'. m *n.* 4. ex *l. co.d.tio* 100. *de verb. obl.* cum ſ.milibus huc ſpectant textus in *l. ſi ſervus* 108. §. *quinque* 10. *de leg.* 1. *l.* 1. §. *ſed etſi dotem* 7. *de dote prælegatâ*, in quibus ſi legentur centum quæ ſunt in arcâ, ſi nulla ſint, nihil debetur; cujus rei ea ratio redditur, quia teſtator legans quantitatem circumſcriptam certo loco, non tam quantitatem, quàm corpus ſtans tali loco creditur legare; quantitas enim loco circumſcripta gerit vicem ſpeciei *l. cum talis* 30. §. *item ſi legetur* 6. *l. pla e* 34. §. *ſed hoc ita* 4. *l. ſed ſi certos* 51. *de leg.* 1. *l. in ratione* 30. §. *certis verò* 4. *ad l. falcid. l.* 1. §. *ſed cum* 17. *ut legatorum nomine caveatur. l. ſi certos* 37. *de verb. obl.* proinde ſi eo loco pecunia non invenitur, inutile eſt legatum, quia corpus quod non eſt in rerum naturâ, legatum fuit argumento textùs in *l.* 40. *de C. & D.* & ſi minus inveniatur, quàm à teſtatore dictum eſt, ea ſolùm quantitas debetur, quæ inventa fuit: & è converſo, ſi major inveniatur, ſolùm debetur quantitas nominata à teſtatore, quia non ſolùm legavit quantitatem circumſcriptam loco, ſed & certo numero: Ut locum igitur, ita numerum obſervari convenit ſimul cum loco; citrà locum verò nulla numeri habetur ratio. Docet Cujacius 5. *ad African. in d. l.* 108. §. 10.

33 Sed opponuntur quàm plura. Argui poteſt ex *d. l.* 108. §. 10. ubi ſi mortis tempore plena ſumma fuerit, & poſteà aliquid perierit, periculum ad hæredem ſpectat: ergo quantitas circumſcripta certo loco non gerit vicem ſpeciei. prob. conſequentia. Ea eſt differentia inter debitorem quantitatis, & ſpeciei, ut debitor quantitatis nunquam rei interitu liberetur *l.* 1. §. 4. *de obl. & act. l. incendium* 11. *C. ſi cert. petatur.* Ubi Cujacius & Gilchen: debitor verò ſpeciei re peremptâ ſine culpâ ſuâ liberatur *l. quod te mihi*, 5. *de reb. cred. l. ſi ex legati causâ* 23. *de verb. obl.* ergo cum in *d.* §. 10. non liberetur hæres interitu quantitatis, convincitur quantitatem circumſcriptam ejus interitu liberari, ſi ſine facto ſuo intereat *d. l.* 30. §. 4 *ad l. falcid. d. l.* 37. *de verb. obl.* Secùs verò ſi ex facto ſuo eveniat; idem enim quod dicitur de debitore ſpeciei, dicendum eſt de debitore quantitatis circumſcriptæ; Quapropter, ut animadvertit Cujacius 5. *ad African. in d.* §. 10. ponendum eſt quantitatem interiiſſe ex culpâ hæredis, aliàs enim ejus periculum ad legatarium ſpectaret. Argui etiam poteſt ex textu in *l. quidam* 96. *in principio de leg.* 1. ubi teſtator qui quadringentos aureos legavit, juſſit certam quantitatem præſtari ex eis quæ in caſtris habebat: ſi in caſtris nulla pecunia reperiatur, ait Julianus, nihilominùs quadringentos deberi. ergo legatum quantitatis circumſcriptæ conſiſtit, etſi non inveniatur eo loco quantitas. Verùm ex ipſo textu conſtat ſolutio; nam eum teſtator purè quadringentos aureos legaſſet, licet poſteà juſſerit ex eis aliquos ſolvi, ex eis quos in caſtris habebat, creditur potiùs hæredibus demonſtrare voluiſſe, unde pecuniam ſine rei familiàris incommodo contrahere poſſint, quàm conditionem injeciſſe; quæ conjectura ex eo etiam deſumitur, quod teſtator juſſit partem ſolvi à ſervo actore, partem ex his quos habebat in numerato: ità Cujacius 39. *ff. Juliani in d. l.* 96 noto illa verba, *conditionem injeciſſe*, quæ denotant neceſſariam demonſtrationem conditionem legato injicere, ut ſæpè dixi.

Eodem modo intelligendus eſt textus in *l. Pau-* 34
la 27. §. *ult. de leg.* 3. ubi quidam alumno ſuo quinquaginta legavit, quæ juſſit à colono ſuo ex penſionibus fundi ab eo debitis præſtari, & colono quædam legavit; fiſcus movit controverſiam de hæreditate, & juſſu procuratoris fiſci ei colonus pecuniam ſolvit, mox hæres ſcriptus adverſùs fiſcum obtinuit; deceſſit alumnus cui quinquaginta legata fuerunt, ejus hæres petebat fidei-commiſſum à colono, vel ejus hærede; ait Paulus Imperatori placuiſſe, colonum vel ejus hæredem non teneri præſtare fidei-commiſſum, ſed potiùs teſtatoris hæredem, quia videtur teſtator tantùm demonſtraſſe, unde hæres pecuniam contraheret, & legatarius acciperet; cujus doctrinæ ut ratio pateſiat, notandum eſt poſt reſcriptum Divi Pii omnem debitorem poſſe onerari fidei-commiſſo; cum enim debitor pecuniam alicui præſtare jubetur, intelligitur ei remiſſio debiti per fidei-commiſſum relicta, & hæredem petentem per exceptionem doli poteſt ſubmovere; quapropter utile eſt fidei-commiſſum ab eo relictum *l. ſi pecunia* 75. *de leg.* 1. & fidei-commiſſario competit electio an agere velit adverſus hæredem ad cedendas actiones, an adverſùs debitorem *l. cum quis decedens* 37. §. *pater* 3. *de leg.* 3. textus ſic intelligendus in *l.* 108. §. *qui margarita* 13. *de leg.* 1. ut rectè connià Ant. Fabr. *lib.* 4. *conject. cap.* 11. fundat Oſſ. *l v.* 8. *Comment. cap.* 7. *littera H.* Verùm cum fidei-commiſſarius experitur adverſùs hæredem, non tenetur hæres pecuniam ſolvere, etſi debitor idoneus non ſit, ſed ſolùm ad cedendas actiones *l. Lucius* 88. §. *civibus* 8. *de leg.* 2. Ex quibus principiis fluit, ni fallor, ratio dubitandi ad *d. l.* 27. §. *fin. de leg.* 3. Videbatur enim dicendum legatarium ſolum poſſe adverſùs hæredem experiri ut ſibi cederet actiones contra colonum, à quo ei fidei-commiſſum relictum fuit, non ut pecuniam præſtaret; ſed ratio deciſiva in eo ſtat, quod non creditur teſtator fidei-commiſſo debitorem oneraſſe, ſed hæredi demonſtraſſe, unde commodiùs pecuniam ſolveret: Quæ conjectura voluntatis ex eo deſumitur, quod teſtator quinquaginta ſine aliquâ adjectione legavit ab initio, & licet poſtmodùm ea colono præſtari juſſit, id creditur adjeciſſe demonſtrationis causâ; unde debitor non fuit oneratus fidei-commiſſo, & ex eâdem ratione hæres non liberatur cedendo actiones, ſed per pecuniæ ſolutionem; aliàs enim ſi ab initio hæres gravatus eſſet ex penſionibus debitis à colono pecuniam præſtare, etiamſi colonus gravatus, ſolùm actiones cedere teneretur ex *d. l.* 88. §. 8. *de leg.* 2.

35 Deinde objicitur textus in *l. ſi ita ſtipulatus fuero* 120. *de verb. obl.* Ubi ſi ita ſtipulatus fuerit aliquis *hanc ſummam centum aureorum*, ſi centum non ſint, nulla dicitur ſtipulatio: ergo pariter in *d. l.* 108. §. 1. nullum debet eſſe legatum, ſi integra quantitas à teſtatore nominata, loco quo circumſcripta eſt non inveniatur. Omiſſis antiquorum ſolutionibus, noſter Pichardus in §. *preterea 7. inſt. de inutilibus. tit.* 22. quem ſequitur D. Santos ad *l.* 15. *de C. & D. n.* 7. reſpondet, quod cum Pap. propoſuiſſet ſtipulationem illam non eſſe conditionalem, id probant in verſic. *quoniam ex eo*; quia ſi eſſet conditionalis, & centum non inveniantur, ſtipulatio nulla eſt, conditione ſub quâ concepta eſt deficiente; cum ergo valeat ſtipulatio, quod pro conſtanti ſupponit conſultus, manifeſtè ſequitur eam non eſſe conditionalem; ſed hæc interpretatio ex ipſo textu convincitur, cujus verbis & menti repugnat. Omiſſâ etiam ſolutione Cujacii *lib.* 37. *quæſt. Pap. in d. l.* 120. reſpondendum eſt, hanc eſſe ſententiam Papinii, ſcilicet quod hæc ſtipulatio, *hanc ſummam centum aureorum* conditionalis non eſt, ac ſi ex mente contrahentium hunc ſermonem ineſſe interpretemur: *ſi modo centum aureorum eſt*, quod contingit cum ita demùm contrahentes ſtipulationem utilem eſſe volunt, ſi ſumma centum aureorum eſt, quia forſan ex onerosâ causâ eam conficiunt ex argumento textùs in *l. ſi decem* 52. *locat.* Nam etſi verbis id expreſſum eſſet, ſtipulatio non eſſet conditionalis, quoniam vel ſumma eſt centum aureorum, & ab initio utilis eſt ſtipulatio purè contracta, aut ſumma non eſt centum aureorum, & tunc ab initio eſt inutilis: idque ſenſiſſe conſultum ſuadet ſubjecta ratio, ſcilicet quia ſermo qui ad præſens tempus refertur, non habetur inſtar conditionis, etſi contrahentes rei veritatem ignorent, itaque in hâc lege 120. jacet exceptio regulæ traditæ in *d.* §. 10. quæ fluit ex voluntate contrahentium, à quâ legem contractus accipiunt *l. contractus* 23. *de regulis juris.* Tradunt hanc ſolutionem Duarenus & Donellus in *d. l.* 120. Coſta *lib.* 1. *ſelect. cap.* 2. quam textui congruentem eſſe agnoſco, ſed cogitabam poſſe dici idem Papinium & Africanum docere; nam Papinius non aſſerit inutilem eſſe ſtipulationem, ſi minor ſit ſumma; ſed inutilem eſſe, ſi non ſint centum aurei, ſcilicet ſi nulla ſumma reperiatur; quapropter ait, quod licet hæc ſtipulatio ſic accipiatur: *ſi modo centum aureorum eſt*, id eſt, ſi centum aurei ſint loco deſignato, adjectio non facit conditionem, utpotè in præſens tempus collata, quod idem ſenſit Africanus in *d.* §. 10.

36 Argui etiam poteſt ex textu in *l. peculium* 65. §. *quadriga* 1. *de leg.* 2. Ubi ſi quadriga legatur, equo uno poſteà perempto, totum legatum extinguitur; ergo pariter cum legatur quantitas certo loco circumſcripta, ſi minùs inveniatur, totum legatum debet corruere: ſed facilè ſolvitur. Nam multùm intereſt inter legatum quadrigæ, & legatum quantitatis circumſcriptæ: ſi quidem equo illo perempto, qui, ut ponit Papinius in *d. l.* 65. demonſtrabat quadrigam, qui ſcilicet eminentior & omnium præſtantiſſimus erat, ex quo potiſſimùm quadriga clareſcebat, ut exponit Cujacius 16. *quæſt. Papinii*, quadriga deſiit eſſe; tres enim qui ſuperſunt, quadrigam non componunt. Proinde corruit legatum argumento textus in *l. proinde* 22. §. 1. *ad l. Aquil. l. ſi id, quod* 58. *pro ſocio. l. cum ejuſdem* 34. §. 1. *l. Ædiles* 38. §. *ult. de ædilitate edict.* Quapropter aliud dicendum eſſet, ſi alter equus fuiſſet peremptus, niſi quadrigæ uſusfructus legatus eſſet; tunc enim indiſtinctè uno perempto legatum corrueret *l. quid tamen* 10. §. *fin. quibus modis uſusfructus amittitur.* Donellus *lib.* 10. *Comment. cap.* 18. *ubi Oſſuald.* vel niſi quatuor equi legati proponerentur, tunc enim ſive proprietas ſive uſusfructus legaretur indiſtinctè, licet præſtantior equus moreretur, in reſiduis legatum conſiſteret *d. l.* 10. §. *fin.* quia non corpus unum quadrigæ legatum fuit, ſed quatuor equi ſeparatim legati fuerunt. Pariter ergo cum centum quæ ſunt in arcâ legantur, etſi minor ſumma ibi reperiatur, in eâ conſiſtit legatum, quia in ſummâ majori continetur minor *l. diem* 27. §. *ſi plures* 3. *de recept. arbitr. l.* 1. §. *ſi ſtipulanti* 4. *de verb. obl.* Videndi repetentes in §. *præterea inſt.* 7. *de inutilibus. l. in eo* 110. *de reg. jur. l. ſi unus* 27. §. *ſi cum decem* 5. *de pactis.* Nec huic regulæ obſtat textus in *l. de ætate* 11. §. *qui ex quadrante* 2. *de interrog. in jure faciendi*: ibi enim non ideò is qui cum eſſet hæres ex quadrante, reſpondet ſe eſſe hæredem ex aſſe, in aſſem ex illo edicto convenitur, quia in aſſe quadrans continetur, ſed in pœnam mendacii, quia decipere voluit interrogantem. Sic Anton. Faber in *rationali ad d. l.* 11. §. 1. & 2.

37 Quæ diximus de quantitate certo loco circumſcriptâ, vel relativo præſentis temporis, producenda ſunt etiam ad cæteras res, quæ pondere vel menſurâ conſtant, ut ſi legentur auri pondo decem, quæ ſunt in arcâ, aut vini amphoræ quæ ſunt in cellâ vinariâ, aut frumenti modii decem qui ſunt in horreo, ut ex paritatis ratione docet Cujacius *d. tract.* 5. *ad African. in d. l.* 108. §. 10. *de leg.* 1. & probat textus in *l. ſi quis ſervum* 8. §. *ſi quis legaverit* 2. *de leg.* 2. quò facit regula textus in *l. ſi quis cum fundum* 26. *de act. empt.* Ubi qui fundum vendidit, ei dixit eſſe acceſſura dolia centum quæ in fundo eſſe affirmabat. & ait Alphenus, quod licet ibi nullum dolium fuiſſet, tamen centum dolia emptori debentur. Ergo pariter cum legantur res pondere vel menſurâ conſtantes, certo loco circumſcriptæ, etſi ibi non inveniantur, debet conſiſtere legatum. Omiſſo Ant. Fabro *in rationali*, reſpondeo cum Cujacio in recitatione ad *d. l.* 26. quod venditor non deſignavit certum corpus doliorum quod accederet fundo; nam dolia tantùm centum fundo acceſſura dixit generaliter, non ſpecialiter centum dolia quæ ſunt in fundo, quamvis obiter affirmaverit ea eſſe in fundo, locum in quo erant dolia, non ex loco dolia deſignavit: denique in vendendo non ad locum dolia circumſcripſit, ſed ad numerum quem præſtare debet, licet loci non conſtet ratio, centum dolia integra tradendo. Aliud verò dicendum eſt, ſi venditor centum dolia quæ ſunt in fundo accedere dixerit; tunc enim ſi non ſint in fundo, reſpectu eorum nullus erit contractus, ſi ſint, non tenetur ea integra præſtare, ſed qualiacunque. Textus eſt elegans in *l. ſi ſervus* 54. §. *ſi dolia* 1. *de act. empt.* quia cum doliorum corpus certo loco fuerit circumſcriptum, idem obſervatur quod in quantitate circumſcripta, & per conſequens ſi plura ſint dolia in fundo, centum ſola debentur, quæ venditor volet, dummodo integra, ſi quæ ſint, præſtet, *d. l.* 54. §. 1. *l. com-*

prehenſum de contrah. emptione. Nec obſtat textus in *l. ſi venditor* 38. *de act. empt.* Ideò enim venditor hominis qui dixit in peculio eſſe decem, ſi plus ſit, integrum peculium tradere tenetur; quia dictio peculii generica eſt, nec minùs apta comprehendere majorem quantitatem, quàm minorem, nec debet falſa & minor peculii quantitas à venditore expreſſa emptori nocere, qui id egit ut ſervum emeret cum toto peculio, eâ tamen lege ne minùs quàm decem eſſent in peculio; at is qui vendit centum dolia, reſtringit ſe ab initio ad numerum ſpecificum qui augeri non poteſt, nec enim in minori major pars comprehenditur: ità Antonius Faber *in rationali.* Nec obſtat textus in *l.* 40. §. *qui agrum.* 1. *de contrah. empt.* ibi enim fuit fundus venditus ad menſuram; ideò licet venditor dixiſſet, ejus eſſe decem & octo jogera, ſi plura ſint, omnia vendita intelliguntur; quià inter contrahentes id agebatur, ut totus fundus venderetur: ità Antonius Faber *in rationali.*

38 Ex eâdem ratione ſi per relativum præteriti temporis certo loco circumſcripta quantitas, vel quælibet alia res pondere vel menſurâ conſtans legetur, demonſtrationis falſitas ab initio legatum infirmat *d. l.* 1. §. *ſed etſi detem* 7. *de dote prælegatâ*, ubi ſi quis ità legaverit, *centum quæ ille apud me depoſuit*, ſi nullum depoſitum interceſſerit, inane eſt legatum; nam, ut ait Cujacius, depoſitum ex eo dictum eſt, quod ponitur & locatur certo loco *l.* 1. *depoſiti:* proinde qui pecuniam numeratam deponit, corpora ipſa nummorum deponit, non quantitatem, ex quo infertur in *d.* §. 7. legatam fuiſſe quantitatem certo loco circumſcriptam, & ex eo infirmari legatum, quod corpus illud in rerum naturâ non ſit. Verùm opponitur textus in *l. Lucius Titius* 88. §. *quiſquis* 10. *de leg.* 2. ubi teſtator ita dixit: *quiſquis mihi heres erit, ſciat debere me Demetrio patruo meo denaria tria, & depoſita apud me à Seleuco patruo meo denaria tria, quæ etiam protinùs reddi & ſolvi eis jubeo*, & quærit Scævola an, ſi non deberentur, actio eſſet; & reſpondit, ſi non deberentur, nullam quaſi ex debito actionem eſſe, ſed ex fidei-commiſſo. Ergo etſi quantitas non inveniatur eo loco quo circumſcripta eſt, per relativum de præterito conſiſtit legatum & fidei-commiſſum. Omiſsâ ſolutione Pacii *centuriâ 6. q.* 32. Reſpondeo cum Oſſ. *lib.* 8, *comm. cap.* 14. *litterâ E.* quem ſequitur D. Santos *ubi ſuprà n.* 10. *in d.* §. 10. denaria tria verè depoſita eſſe, nec enim id negatur, ſed alterum tantùm, quòd ſcilicet debuerit teſtator. Ponendum eſt teſtatorem ea denaria apud ſe depoſita habuiſſe, ſed ea non debuiſſe, quia forſan legitimo aliquo modo obligatione reſtitutionis fuit liberatus; quod utrumque requiritur, ut conſiſtat illud fidei-commiſſum: nam ſi depoſitum non interceſſiſſet, de re legatâ non conſtaret, & ſi teſtator teneretur ex causâ depoſiti, inutile eſſet fidei-commiſſum; quia res propria deponentis ei legaretur contra regulam textùs in *l. proprias* 13. *C. de leg.* §. *ſed ſi rem legatarii* 10. *inſt. eod.*

39 Exiſtimo pro horum jurium concordiâ poſſe conſtitui differentiam inter depoſitum regulare, ex quo naſcitur obligatio eamdem pecuniam reſtituendi; quod contingit, cum pecunia ſacco incluſa deponitur, ut in *l.* 1. §. *ſi pecunia* 36. *l. ſi ſacculum* 29. *depoſiti*, & depoſitum quod noſtri vocant irregulare, ex quo oritur obligatio non eandem pecuniam, ſed tantumdem reſtituendi quod contingit, cum pecunia non obſignata deponitur, eâ lege ut depoſitarius tantumdem reſtituat, ut in *l. Lucius* 24. *l. die ſponſaliorum* 25. §. 1. *l.* 29. §. 1. *depoſiti*, latè Pichardus in *principio inſtitutionum, quibus modis re contrahitur obligatio ex n.* 60. Primo caſu, ſi pecunia depoſita legetur, & in ſacco non reperiatur, inutile eſt legatum *d. l.* 1. §. 7. Secundo verò caſo multùm intereſt, an pecunia depoſita legetur tertio, an deponenti; ſi legetur tertio, conſiſtit legatum omninò, licet non ſit depoſita, quia tunc legatur quantitas, non corpus; ſi verò ipſi deponenti legetur, licet ex hac ratione non ſit neceſſe pecuniam depoſitam eſſe, tamen ſi depoſita eſt, requiritur, ut valeat legatum, jam ei non deberi; nam legatum debiti à debitore creditori relictum eſt inutile *l. ſi creditori* 28. *de leg.* 1. *cum vulgatis;* in quibus terminis intelligendus eſt textus in *d. l.* 88. §. 10. *de leg.* 2. & evidenter probo, ni fallor, ex illis verbis: *Si non deberentur*, quæ denotant loqui Scævolam de depoſito irregulari, in quo ſolùm quæri poteſt, an pecunia depoſita debeatur, quia tranſlatum fuit dominium in depoſitarium, qui non debet corpus, ſed tantumdem de regulari, in quo cum dominium maneat penes deponentem, quæri non poteſt, an pecunia debeatur, ſed an ſit deponentis, inter quæ maximum adeſt diſcrimen; ea enim quæ noſtra ſunt, nobis non poſſunt dici deberi *l. Quintus Mutius* 25. §. *argento* 2. *l. ſcribit* 34. *de auro & argento legato.*

Demonſtratio etiam omnis per relativum de 40
præſenti, vel de præterito rei ita incertæ, & indefinitæ, quæ ſine eâ conſtare non poſſit, adjecta, neceſſaria eſt, & injicit legato conditionem: elegans eſt textus in *d. l. nuper* 85. *de leg.* 3. ubi Pomponius elegantem hanc diſtinctionem adhibet, ut quoties certum corpus legatur ad præſens tempus, adjectum hoc verbum *meum* non faciat conditionem. Si verò certum corpus legetur, veluti ita: *vinea mea, veſtis mea*, pro conditione accipiatur, ut ea demùm quæ teſtatoris ſunt, videantur legata, licet & id quod teſtator ſuorum numero habuit, legato cedat *l. ſuos* 73. §. 1. *de leg.* 3. cui etiam legato demonſtrationem ineſſe Paulus ſcripſit in *l. ſi ita legatum eſſet* 7. *de auro & argento legato.* Eamdem diſtinctionem præſtat idem Pomponius in *l. Quintus Mutius* 10. *de auro & argento legato*, ubi aſſerit, quod ſi teſtator ita legaverit: *veſtimentum aut vas quod ejus causâ paratum erit*, falſitas demonſtrationis perimit legatum; ſi verò ità ſcripſerit: *veſtem illam purpuream*: licet adjecerit, *quæ ejus causâ empta paratáve eſſet*, licet nec empta nec parata ſit, legatum valet; quia certo corpore legato, demonſtratio falſa poſita non perimit legatum; quæ doctrina juxta ſubjectam materiam exaudienda eſt de demonſtratione inductâ per relativum de præterito vel præſenti, non de inductâ per relativum de futuro, cujus falſitatem indiſtinctè evertere legatum jam docuerat Papinius in *d. l.* 85. & ex eo nos fundavimus in ſuperioribus. Ulteriùs probant hanc doctrinam textus in *l. hæc venditio* 7. §. *hujuſmodi* 1. *l. ſi quis fundum* 37. *de contrah. empt.* ubi ait Ulpianus, quod ſi venditio ita facta ſit: *quantùm pretii in arcâ habeo, quanti tu eum emiſti*, aut ita, *erit tibi fundus emptus tanti, quanti à teſtatore emptus eſt*, & nihil ſit in arcâ, vel fundus non emptus, ſed do-

natus ſit, inutilis eſt contractus, quaſi deficiente conditione; cujus rei eam rationem præſtat; nam ſubſtantia emptionis conſiſtit ex pretio *l.* 2. §. 1. *l. pacta conventa* 72. *de contrah. empt. & vendit.* in his verò ſpeciebus deficiente conditione nullum pretium datur; quia de eo non conſtat: ergo ſentit Ulpianus demonſtrationem adjectam rei ita incertæ, quæ ſine eâ conſtare non poſſit, conditionem injicere diſpoſitioni. Nec quemquam turbet, quod in *d. l.* 37. non dicitur abſoluè conditionalis venditio; ſed ſimilis conditionali, nam id prædicatur de omni conditione ad præſens vel præteritum relatâ, ut ſupra diximus, & conſtat ex *d. l.* 7. §. 1.

41 Ex quibus fluit, quod ſi legentur animal, fundus, domus, adjectâ quâcumque demonſtratione legatum eſt inutile; ſi demonſtratio falſa ſit; quod ut intelligatur, ſciendum eſt non omne legatum generis valere. Primò legatum generis ſummi & ſubalterni prorſùs eſt nullum, veluti ſi quis ſubſtantiam, corpus, aut animal ſimpliciter leget; ea namque eſt hujus generis infinitas, ut leviſſimam & minimam rem ex eo hæres præſtando liberaretur: in genere infimo diſtinctio eſt obſervanda inter res ei ſubjectas, ut ſi tales ſint, quæ certam habeant determinationem à naturâ, ut homo, equus, bos, Scyphus, lanx, earum rerum generaliter relictarum legatum valeat. *l. cum incertus* 13. *l. legato* 37. *l. ſi ſervus* 108. §. *cum homo* 2. *de leg.* 1. *l. hæredes* 25. §. *incerto* 17. *famil. erciſc.* quia certa ſaltem eſt rei legatæ demonſtratio; ſi verò naturâ determinatæ non ſint, ſed tales ſint quæ deſtinatione hominis conſtituantur, ut fundus, & domus, ſi teſtator nullas ædes aut fundos habuerit, earum rerum ſimpliciter relictum legatum inutile & diriſorium eſt *l. ſi domus* 71. *de legat.* 1. *l. cum poſt* 69. §. *gener.* 4. *de jur. dot. l. ita ſtipulatus* 115. *in principio de verb. obl.* quia cum fundus & domus affectione noſtrâ conſtet *l. quod in rerum* 24. §. *pen. de leg.* 1. & ceſpes vel gleba una terræ fundus dici poſſit *l. locus* 60. *de verb. ſign.* & viliſſima quæque materia domus rectè dicatur, certa non eſt demonſtratio. Quod ſi teſtator fundos aut ædes habuerit, ædibus ſimpliciter legatis utile eſt legatum *d. l.* 71. *de leg.* 1. at ſi fundum in genere legavit, exiſtimant plures inutile eſſe legatum; ſed ratio juris ſuadet valere, idem de fundo dicendum eſt, quod de domo, Donell. *lib.* 8. *comm. cap.* 19. *& in d. l.* 115. *de verb. obl. n.* 19. ubi diſputat de ſtipulatione, Duaren. in *d. l.* 37. *de legat.* 1. Ulteriùs ſi nummi legentur, generaliter nullum eſt legatum; neceſſe enim eſt adjici numerum, textus ſic intelligendus in *l. nummis* 75. *de leg.* 3. Cujacius in *d. l.* 13. *de leg.* 1. quod idem dicendum eſt de rebus pondere, numero, vel menſurâ conſtantibus *l. triticum* 94. *de verb. obl.* niſi contraria ſit voluntas teſtatoris; textus ſic intelligendus in *l. quidam* 7. *de tritico, vino & oleo legato.* Verùm quod de pecuniâ diximus locum non habet, ſi aliunde de certâ quantitate conſtet, veluti ex fine dandi, ſi ad refectionem viæ legetur *l. quidam* 30. *de legat.* 2. vel ſi alicui legetur pecunia ad viaticum, vel ad alimenta *l. ſi cui annum* 14. *de annuis legatis l. cum alimenta* 26. *de alimentis legatis.* Donell. in *d. l.* 115. *n.* 14. & 15. *comm. cap.* 1.

42 His ſuppoſitis Dominus Santos ubi ſupra *n.* 9. ſequentem diſtinctionem aſſignat: ſi demonſtratio adjecta ſit legato generis ſummi, aut ſubalterni, aut ejus generis infimi, cujus ſpecies non habent certam determinationem à naturâ, ſi ex eis nullam teſtator reliquit, ejus falſitas evertit legatum, quia abſque demonſtratione legatum non conſiſtit, ut diximus; ſi verò adjecta ſit legato ejus generis infimi, cujus ſpecies certam determinationem habet à naturâ, ejus falſitas legatum non infirmat; quia etiam abſque demonſtratione certa eſt rei legatæ finitio, veluti ſi quis ita legaverit *hominem, equum, bovem, quem à Cajo emi*; quod idem obtinere contendit, ſi demonſtratio falſa adjecta ſit legato ejus generis infimi, cujus ſpecies non habent certam finitionem à naturâ, ſi aliquas ex eis teſtator reliquit, vel legato quantitatis incertæ, in his caſibus quibus illud valere ſuprà diximus. Definit itaque generaliter falſam demonſtrationem legatum generis aliàs validum evertere non poſſe; ſed fallitur vir doctiſſimus; nam præfatæ demonſtrationi expreſsè reſiſtit Pomponius in *d. l.* 10. *de auro & argento legato*, & in *d. l.* 85. *de legat.* 3. qui nullam differentiam cognoſcit inter hoc legatum: *quæ ejus causâ parata ſunt*, & illud, *vas aut veſtimenta, quæ ejus causâ parata ſunt*; ſed utrumque per demonſtrationis falſitatem extingui docet, cum tamen vas & veſtimentum propriam habeant determinationem, ſolumque conſtituit diſcrimen inter caſum, quo legato generico ſubjicitur demonſtratio, & caſum quo additur legato ſpeciei jam deſignatæ, ut in primo falſa demonſtratio vitiet legatum, in ſecundo non vitiet; dicendum eſt ergo cum conſulto indiſtinctè falſam demonſtrationem ſubvertere legatum genericum cui fuit adjecta.

43 Diluamus prædictæ ſententiæ fundamenta, ex quorum ſolutione noſtra veritas conſtabit; nititur ratione & authoritate. Ratio hæc eſt; falſa demonſtratio non vitiat legatum, quod eâ detractâ validum foret; ſed legatum genericum in caſibus, de quibus ſuprà, ſimpliciter abſque demonſtratione relictum, validum eſt: ergo non debet vitiari per falſæ demonſtrationis adjectionem. Reſpondeo prædictam regulam veram eſſe, cum demonſtratio ſupervacua eſt; tunc enim legatum quod aliàs valeret, per falſitatem demonſtrationis non irritatur: aliud verò dicendum eſſe, cum demonſtratio neceſſaria eſt, ut contingit indiſtinctè, quando generico legato adjicitur: tunc enim ratione demonſtrationis non jam genus, ſed ſpecies legatur; veluti ſi quis ita legaverit: *hominem quem à Cajo emi*, nemo ſanè dixerit hominem in genere tunc legari; ſed in ſpecie illum qui à Cajo emptus eſt; nam vagam & effuſam hominis appellationem relativum reſtringit, & coërcet in ſpecie ad illum qui à Cajo fuit emptus; quapropter deficiente demonſtratione, non datur in rerum naturâ res legata; licet enim detur homo in genere, cum genus nunquam pereat, non datur tamen homo in ſpecie: legatus fuit verus homo in ſpecie, non in genere, & per conſequens perinde inutile redditur legatum hoc, ac legatum quantitatis circumſcriptæ, quando loco, quo circumſcripta eſt, non invenitur. Ex quibus formâ ſyllogiſticâ obſervatâ, diſtinguo maj. falſa demonſtratio non vitiat legatum, quod eâ detractâ validum foret, ſi demonſtratio non immutat naturam, & qualitatem rei legatæ, & ejuſdem qualitatis eſt res legata cum demonſtratione, ac ſine demonſtratione,

conc. maj. ſi demonſtratio immutat naturam & qualitatem rei legatæ, ira ut alia ſit res cum demonſtratione, nego maj. ſed legatum genericum valet ſine demonſtratione, conc. maj. ergo non debet vitiari per falſam demonſtrationem, nego ſuppoſitum conſequentis : ſupponit enim per demonſtrationem legatum eſſe genericum, cum tamen ſit ſpecificum : exemplo me expediam ; legatum ſpecie veluti Stichi valet ſine ullâ demonſtratione, & tamen ſi ei apponatur demonſtratio de futuro ; veluti : *qui meus erit*, ejus falſitas vitiat legatum, quia demonſtratio immutat qualitatem rei legatæ, & relativum de futuro rem per ſe certam reddit incertam, ut in ſuperioribus contra Coſtam diſputavi ; ſic pariter è converſo demonſtratio de præſenti vel præterito rem incertam reddit certam, genus coercet ad ſpeciem, & per conſequens quando rei incertæ additur, ejus fal-
44 ſitas vitiat legatum ex rei legatæ defectu.

Ab authoritate : expendit textum in *l. ſi ita legatum* 65. *in princip. de leg.* 1. ubi teſtator ita legavit : *Cajo ſervos decem do præter eos decem quos Titio legavi*, ſi decem tantùm inveniuntur in hæreditate, ait Gajus inutile eſſe legatum, quia nulli ſuperſunt ; ſi verò ampliores ſuperſint poſt eos quos Titius elegit, reſpondit in cæteris valere legatum, ſed in ampliores quam decem qui legati ſunt ; quòd ſi minùs ſunt, in tantos quanti inveniantur. Nunc ſic arguit : ſupponit cum Cujacio ideò non deberi ſervos, niſi ſint in familiâ ; quia legatum relictum fuit per vindicationem, ut conſtat ex ipsâ formulâ. Ergo ſi relictum eſſet per damnationem, deberentur, etſi non in familiâ. Ergo falſa demonſtratio adjecta generi infimo, cujus ſpecies habent certam demonſtrationem à naturâ, non irritat legatum. Verùm nodus hic facilè ſolvitur : fateor quòd ſi hoc legatum relictum eſſet per damnationem, deberentur ſervi decem, etſi non eſſent in familiâ ; nego tamen id inde reſultare, quod falſa demonſtratio legatum illud non irritarit, quin imò & nego aliquam eſſe adjectam demonſtrationem illi legato, ea enim verba, *præter eos decem quos Titio legavi*, non demonſtrationem ſed exceptionem continent *l. Titio* 36. *de legat.* 1. quibus in legato per vindicationem relicto ſignificat teſtator ità demùm ſe Cajo decem ſervos legare, ſi hi poſt electionem Titii ſuperſint : Titium itaque præfert Cajo in electione ; unde legatum Cajo relictum modò erit genericum, ſi poſt electionem ſcilicet Titii ampliores quàm decem ſervi ſuperſint, modò ſpecificum, ſi decem tantùm vel minùs ſuperſint, modò nullum, ſi nulli remaneant. At ſi legatum eſſet per damnationem relictum, verba illa ſolùm denotarent, quòd ultrà decem ſervos legatos Titio Cajus de-
45 cem acciperet, ſive in familiâ manerent, ſive non.

Manet ergo ex Pomponio in *d. l.* 10. *de auro & arg. leg.* quod demonſtratio adjecta rei, quæ ſine eâ conſtare non poſſit, neceſſaria eſt, & conditionem injicit legato : ſed adverſatur textus in *l. cum uxori* 58. *de leg.* 3. ubi uxori ſuæ quidam ita legavit, *quæ causâ ejus parata ſunt*. Deinde purpuras comparavit in provinciâ, quas tamen nondum advexit, & ait Ulpianus purpuras ad mulierem pertinere ; tunc ſic, ſi demonſtratio illa neceſſaria de præſenti injiceret conditionem legato, ſolùm ei cederent quæ teſtamenti tempore parata erant, non ea quæ poſt teſtamentum parata fuêrunt ; nam verbum *eſt*, vel *ſunt*, nunquam futurum tempus amplectitur *l. verbum* 123. *de verb. ſign.* ſed debentur purpuræ comparatæ poſt teſtamentum : ergo demonſtratio neceſſaria de præſenti non reddit legatum conditionale. Reſponderi poteſt cum Cujacio *lib.* 12. *obſ. cap.* 8. quem ſequitur Oſſuald. *lib. comment. cap.* 19. *lit. C.* quod licet in Pandectis Florentinis legatur, *quæ parata ſunt*, in aliis tamen legitur, *quæ parata eſſent*, quæ lectio verior eſt : eâ enim retentâ præcisè legato cedunt purpuræ poſt teſtamentum comparatæ, cum ea verba contineant demonſtrationem de futuro : vel retentâ Florentinâ lectione dici poſſet, teſtatorem ante factum teſtamentum purpuras comparâſſe. Nec obſtat verbum illud *deinde*, nam accipi poteſt pro *ulteriùs*, & poſſet id ſuaderi ex eo quod ait Ulpianus quod vivus comparavit ; nam quandoque ante teſtamentum vivus quis dicitur, poſt factum mortuus, notat Oroz *lib.* 1. *de Apicibus cap.* 2. *n.* 1. textus in *l.* 1. §. *ult. de reg. cat.* juxta ſubtilem interpretationem quam tradit Marcus Lycklama *lib.* 1. *membr. Egloga* 7. Unde rectè cedunt legato purpuræ, quia verbum *eſt* præteritum quoque tempus comprehendit *d. l.* 123. *de verb. ſign.* & in terminis probat textus in *l. hoc legatum* 45. *de leg.* 3. Nec ad rem facit quod purpuræ adductæ non fuerint ; nam non exigitur traditio vel aſſignatio, ſed ſufficit ſola deſtinatio. *l. item legato* 49. §. *item intereſt* 3. *de legatis* 3

Ad eamdem juris partem ſpectat textus in *l.* 46
hoc articulo 29. *de hæred. inſt.* Ubi ſi quis ita ſcripſerit : *Titius & Sejus, quantâ quiſque eorum ex parte heredem me habuerit ſcriptum, hæres mihi eſto*. Docet Pomponius quod is qui teſtorem hæredem ſcriptum non habuerit, non admittitur ad hæreditatem ; nam ſine demonſtratione non conſtat de parte ; itaque non ideò improbatur inſtitutio hæc, quod ſit captatoria ; non enim captatoriæ ſunt inſtitutiones quæ in præteritum vel præſens tempus conferuntur. *l. illa autem* 71. *in princip. de hered. inſt.* ſed ex eo potiùs quod defecit neceſſaria demonſtratio illi adjecta ; ex quâ doctrina intelligitur textùs in *d. l.* 2. *in princip. verſ. aliter &* §. 1. *de hæred. inſt.* ubi teſtator ita dixit : *Ex quâ parte Titius me hæredem ſcripſerit, Lucius hæres eſto*, ex ſententiâ Celſi reſpondit Ulpianus inſtitutionem eſſe conditionalem : progreditur & ait hanc inſtitutionem *ex partibus quas adſcripſi*, etiam eſſe conditionalem, proinde nullis partibus adſcriptis inutilem eſſe, quemadmodum & hæc inſtitutio, *ex his partibus, ex quibus teſtamento matris ſcripti fuiſſent, hæredes ſunto*, conditionalis eſt, & conditione deficiente inutilis eſt ; ex quo conſtat diſcrimen nullum poſuiſſe conſultum inter caſum, quo conditio inducta per relativum de præterito pendet ex facto extraneæ perſonæ, & inter caſum quo pendet ex facto teſtatoris ; ſed indiſtinctè ſtatuiſſe ex defectu conditionis inutilem reddi inſtitutionem utroque caſu, licet diſcrimen ſit inter caſum quo conditio aſſignationis partium inducta per relativum de futuro pendet ex facto tertii, & caſum quo pendet ex facto teſtatoris, ut dixi *numero* 25. cujus rei ea eſt ratio, quia teſtator dum dixit : *ex partibus quas adſcripſi*, non dubitat an partes adſcripſerit, vel non adſcripſerit ; nec enim poteſt ulla probabilis eſſe dubitatio teſtatoris, cum poſſit noſſe an partes adſcripſerit vel non adſcripſerit. Nec poteſt videri partibus non adſcriptis ad legis proviſionem rediiſſe, eos ex

æquis

æquis partibus inſtituendo, quia in præteritum concepta ſtatum, aut vera, aut falſa eſt; nec poteſt quis in præſenti ſimul renuntiare diſpoſitioni legis, & ad illam pœnitentiâ redire, Duaren. in *addit. ad tit. de hæred. inſt. cap.* 3. Mathæus Gribaldus in *d. l.* 6. *de legat.* 1. quem refert & ſequitur Oſſ. *lib. 6. comm. cap.* 21. *litt. K.* ex quibus facilè refellitur Faber, qui *de erroribus pragm. decade* 35. *errore* 10. *d. l.* 2. *de hæred. inſt.* adſcribit Triboniano quem indignè inſectatur.

47 Pendet ex his expoſitio textûs in *l. ut ſcriptus ult. de bon. poſſ. ſecundùm tabulas*, ubi docet Paulus quod, ut bonorum poſſeſſio detur hæredi ſcripto, exigitur ut demonſtratus ſit propriâ demonſtratione, & quod portio ei adſcripta inveniri poſſit; ex quo infertur quod ſi ita hæres ſcriptus ſit, ut interdum excludatur ab hæreditate, ex eo quod non invenitur portio, ex quâ inſtitutus eſt, nec bonorum poſſeſſionem petere poteſt, qood ſequenti declarat exemplo, veluti ſi quis ita hæredem inſtituit: *Titius quantâ ex parte ex priori teſtamento eum hæredem ſcriptum habeo, hæres eſto*, vel ita: *quantâ ex parte Codicillis ſcriptum eum habeo, hæres eſto.* tunc enim quia Titius deficiente conditione ideò excluditur ab hæreditate, quia non invenitur portio, ex quâ inſtitutus eſt, nec pendente quidem conditione poteſt petere bonorum poſſeſſionem: ſciendum eſt enim, quod licet hæres inſtitutus ſub conditione, qui eâ pendente non poteſt adire hæreditatem; poteſt tamen agnoſcere bonorum poſſeſſionem, ſecundùm tabulas, quæ ſine re conſtituitur deficiente conditione *l.* 2. §. 1. *l. ſi ſub conditione* 5. *l. id demùm* 6. *l. ſi ſervus* 10. *de bon. poſſeſſ. ſecundùm tabulas*, id tamen, ità demum procedit, ſi conſtet de portione ei adſcriptâ, aliàs ſi certitudo portionis ex eventu conditionis pendeat, eâ pendente hæredi ſcripto non datur bonorum poſſeſſio, ut Paulus ſcribit in præſenti, & conſtat ex *d. l.* 2. §. *ſi quis ita conſtituerit* 6. *de bonor. poſſ. ſecundum tabulas*; unde concludit, quod ſi pars fuerit deſignata, poteſt hæres pendente conditione petere bonorum poſſeſſionem, veluti ſi ita ſcripſerit teſtator: *Titius ſi eum primo teſtamento ex ſemiſſe ſcriptum hæredem habeo*, vel *ſi eum Codicillis ex ſemiſſe hæredem ſcripſero, ex ſemiſſe hæres eſto*; ex ipsâ ſanè textûs litterâ convincitur error Cujacii, qui in præſenti *lib. 7. quæſt. Pauli*, qui in his ultimis ſpeciebus putabat adhuc deficiente conditione utilem eſſe inſtitutionem; cujus tamen ſententiam veram exiſtimarem, ſi ita concepta eſſet inſtitutio, *ex ſemiſſe quem adſcripſi*; hinc enim cum conſtet de parte, fruſtra exigitur veritas demonſtrationis, & poſſet forſan tentari idem dicendum eſſe, ſi ita concepta eſſet inſtitutio: *ex ſemiſſe quem adſcripſero* argumento textûs in *d. l.* 2. *de hæred. inſt.* convincitur deinde alius error Donelli, qui *d. lib.* 8. *cap.* 31. exiſtimat nullam eſſe differentiam inter inſtitutionem ita conceptam: *ex partibus quas adſcripſero*, & ita factam, *ſi eis partes adſcripſero*, quem jam rejeci *numero* 24.

48 Huc pertinet textus in *l. item quod Sabinus* 11. §. *ſed ſi expleto aſſe, verſ. aliter de hæred. inſt.* ubi aſſerit Ulpianus, quod ſi aſſe expleto aliquis ſit hæres ſimpliciter inſtitutus ſine parte, in alium aſſem deſumitur ex regulâ textûs in §. *ſi plures* 6. *verſ. partibus inſt. & de hæred. inſt.* Si verò aſſe expleto teſtator ita dixerit: *Titius ex reliquâ parte hæres eſto*, inſtitutio eſt inutilis; quia cum nihil reliquum ſit, ex nullâ parte hæres inſtitutus eſt, & ut rectè ratiocinatur Pichardus in *d.* §. 6. *n.* 17. manifeſtè oſtendit teſtator ludicram & inanem inſtitutionem ſe facere, & ex nullâ parte eum hæredem ſcribere; cum ergo certitudo partis pendeat ex illâ demonſtratione, ejus falſitas inſtitutionem infirmat. Similis eſt textus in *l. qui non militabat* 78. §. *Sejus ult. de hæred. inſt.* ubi quidam inſtituit Mævium ex parte, quam per leges capere poſſet, ex reliquâ Titium, ſi Mævius ſolidum capere potuerit. Reſpondet Pap. inſtitutionem Titii inutilem eſſe, cum tamen Titius ſimpliciter inſtitutus ad alium aſſem eſſet admittendus, ut idem Pap. definit in *l. quod ſi* 79. *de hæred. inſt.* E converſo verò ſi Mævius nullius patris ſit capax, in totum admittitur Titius *l. quod ſi* 80. *illo tit. de hæred. inſt. l.* 2. *C. eod.* reſiduæ, vel reliquæ partis appellatione etiam as continetur *l. cum optio* 17. *de optione legatâ l. poteſt* 95. *l. cæterorum* 160. *de verb. ſign.* Unde ab illius veritate, vel falſitate pendet inſtitutionis utilitas, vel inutilitas: Pari ratione etſi teſtator cum aſſem jam exceſſiſſet, forte quia duos hæredes inſtituit, primum ex ſex unciis, ſecundum ex octo, tertium ex reſiduâ parte, vel nullâ portionis factâ mentione hæredem inſtituerit, tertius admittitur ad id quod dupondio deeſt: elegans textus in *l. Sabinus* 18. *eod. tit.* in quâ ſpecie ſi dupondium expletum, tertius ſimpliciter inſtitutus alium aſſem auferret, fieretque tranſitus ad tripondium ex regulâ textûs in §. *etſi plures* 8. *inſt. de hæred. inſt.* inſtitutus verò ex reliquâ parte nihil haberet, utpote inutili factâ inſtitutione ex defectu neceſſariæ demonſtrationis.

Ex dictis *num.* 46. poteſt explicari difficilis 49
textus in *l. ex facto* 19. *de hæred. inſt.* ubi teſtator qui quoſdam hæredes inſtituerat, vacuâ parte relictâ, ita inſtituit: *ſi mihi Sejus hæres non erit*, (quem non inſtituerat) *Sempronius hæres eſto*; quærit Ulpianus ao Semprotius admittatur ad vocantem portionem, & ait Pegaſum exiſtimaſſe ad eam partem admitti, eâ forſan ratione motum, quod illa conditio: *ſi mihi Sejus hæres non erit*, exiſtit, cum Sejus non eſt inſtitutus: videturque ex eo genere conditionum, quæ neceſſariæ dicuntur, nec poſſunt non exiſtere; cum fieri non poſſit ut hæres ſit extraneus, qui ſcriptus non eſt; ſed tamen ex plurium conſultorum ſententiâ concludit ad eam portionem admittendum non eſſe, eâ elegantiori ratione, quod huic Sempronio pars eſſet data quæ nulla eſſet, quæ ſic explicanda eſt: in hac ſpecie ea pars Semprotio data eſt, quæ Sejo data fuerat, proindeque nulla, cum Sejo nulla data fuiſſet; ſimiliſque eſt hæc inſtitutio illi de quâ in *d. l.* 2. *de hæred. inſt. ex quâ parte Sejum hæredem ſcripſi, ſi ille hæres non erit, Sempronius hæres eſto*, quo caſu nemo dubitaret, quin ſi ex nullâ parte Sejus hæres ſcriptus eſſet, nec Sempronius quidem utiliter inſtitutus eſſet, quod evenit procul dubio in ſerie textûs in *l. Julianus* 15. *de hæred. inſt.* ſic *d. l.* 19. Subtiliter interpretatur Anton. Faber *lib. 5. conject. cap.* 20. exploſis erroribus & emendationibus Accurſii quem Antiquiores ſequuntur, & Antonii Auguſtini: exploſâ etiam interpretatione Cujacü in recitatione ad illum textum, quem ſequitur D. Santos ubi *ſupra num.* 18. qui aſſerebat Sempronium ſubſtitutum Sejo fuiſſe; quare cum ſubſtitutio ſit in locum alterius

ſubrogatio *l. 1. de vulg.* & Sejus non fuerit inſtitutus, non poteſt Semptonius dici ſubſtitutus, & per conſequens ideo non admittitur ad vacantem portionem: quæ ſententia convincitur ex ipſo textu in quo Ulpianus Sempronium inſtitutum, non ſubſtitutum appellat.

50 Spectant etiam ad hanc juris partem textus in *l. ſi ſic legatum 75. §. ſi mihi 1. de leg. 1. l. legavi 25. verſ. contra. de liberat. legat.* in quibus ſi quis ita legaverit: *lego Titio quod ei debeo*, non adjectâ quantitate, ſi nihil debeat, nullum eſt legatum ex eâ evidenti ratione, quia non apparet quantum fuerit legatum; conſtat verò tunc demum falſam demonſtrationem infirmare legatum, cum abſque eâ de re legatâ non conſtat. Idem cautum invenitur in *l. ſi non deſignatâ 3. & in l. ult. C. hoc tit. de falsâ causâ &c. & in §. ſed ſi uxori 15. in fin. inſt. de legat.* ubi ſi maritus qui nullam dotem acceperat, non deſignatâ quantitate, vel nullis corporibus demonſtratis uxori ſimpliciter dotem legaverit, ex eâdem ratione dicitur inutile eſſe legatum. Sed argui poteſt ex *l. in teſtamento 27. de C. & D.* ubi quidam teſtamento juſſit, ut ſibi monumentum fieret ad exemplum ejus *quod in viâ ſalariâ eſſet Publii Septimi Demetrii*, & niſi factum eſſet, hæredes magnâ pœnâ multavit; cum nullum tale monumentum reperiretur; ſuſpicarentur tamen hæredes voluiſſe teſtatorem monumentum fieri ad exemplum alterius, quod Publii Damæ; quærebant cujuſmodi monumentum ſe facere oporteret, ut pœnam evitarent, & reſpondet Alfen. quod ſi ex conjecturis apparet, quod monumentum demonſtrare voluiſſet teſtator, tametſi in ſcripturâ error interceſſiſſet, id fieri ab hæredibus debet: ſin autem voluntas ejus prorſus ignoratur, tamen hæredes tenentur monumentum extruere ſecundùm ſubſtantiam & dignitatem defuncti; tunc ſic: En ubi licet detur omnimoda incertitudo, falſa demonſtratio non liberat hæredes ab onere extruendi monumentum: ergo nec debet legatum irritare, etſi abſque eâ de re legatâ non conſtet. At in legato dotis augetur difficultas ex *l. cum poſt divortium 69. §. gener. 4. de jur. dot.* ubi ſi gener à ſocero dotem ſimpliciter non demonſtratâ re vel quantitate fuerit ſtipulatus, ſtipulationem utilem eſſe reſpondet Papin. non obſtante ratione incertitudinis, quia dos pro modo facultatum patris, & dignitate mariti conſtitui poteſt: ergo idem erat in legato dotis.

51 Verùm reſpondeo quod in ſerie textûs in *d. l. 27.* etſi non reperiatur monumentum illud ad cujus exemplum alterum ſibi fieri juſſit teſtator, non tamen datur omnimoda incertitudo; nam monumenti conſtructio ex jure & legibus certitudinem accipit, ſcilicet juxta facultates & dignitatem defuncti; & licet teſtator jubeat monumentum ſimpliciter fieri, tenetur hæres illud extruere *l. hæreditas 50. §. 1. de hered. petit.* quapropter demonſtratio illa ſupervacua eſt quodam modo, & ejus falſitas à monumenti executione, ſeu extructione hæredes non reddit immunes; quod & congruit teſtatoris voluntati, qui monumentum ideo fieri juſſit ad exemplum alterius, ut ſecundùm dignitatem ſuam fieret; fit autem juxta dignitatem ſuam, licet illud ad cujus exemplum fieri juſſit, non reperiatur; at verò cum quis legat alicui ſimpliciter quod ei debet, nullo debito apparente non conſtat quid legatum ſit, & aliàs huic incertitudini textus non occurrit, & proinde inutile eſt legatum. Nec tunc obſtat inſtantia circa legatum dotis deducta ex *d. l. 69. §. 4.* cui ut reſpondeam, animadverto multùm intereſſe, an ipſa mulier vel extraneus ſimpliciter dotem præmiſerit, an pater mulieris: priori caſu nulla eſt promiſſio propter incertitudinem *l. 1. C. de dot. promiſſ.* poſteriori caſu utilis eſt *d. l. 69. §. 4.* Cujus diſcriminis ea eſt ratio, quia officium patris eſt dotare filiam pro modo facultatum ſuarum, & dignitate mariti, niſi de certâ quantitate convenerit; unde promiſſio ex jure & elegibus accipit certitudinem *l. capite 19. de ritu nuptiarum.* Sed nullus eſt conſtitutus legibus modus nomine dotis, ad quem mulier vel extraneus citra conditionem teneatur. Unde ſi dotem ſimpliciter promiſerit, inutilis eſt promiſſio ob incertitudinem, cui lex non occurrit, niſi addiderit, *quàm poſteà arbitratus fuero*, quia tunc in boni viri arbitrium collata intelligitur dotis conſtitutio *l. 3. C. de dot. promiſſ.* Docent exploſis plurium erroribus Duaren. *lib. 1. diſp. cap. 56.* Cujac. *4. reſponſ. Pap. in d. l. 69. num. 4.* ex quibus jam eſt manifeſta ſolutio; nam cum legibus non ſit præfinitus modus legato dotis à marito relicto, ratione incertitudinis nullâ dote acceptâ nullum eſt legatum.

Pari ratione ſi quis ita legaverit: *lego Sempronio quod mihi Titius debet*, ſi Titius nihil debeat, nullum dicitur eſſe legatum *in d. l. 75. §. 1. in princip. de leg. 1.* & eamdem fermè rationem habet, quod Ulpianus ſcribit, *in §. quod ſi addiderit 2. ejuſdem legis 75.* Scilicet, quod ſi quis ita leger: *decem qua mihi Titius debet, Sempronio lego*; ſi Titius nihil debeat, inutile eſt legatum: nam in hac legandi formulâ non quantitas legatur, ſed ſpecies, hoc eſt quantitas circumſcripta, & unita illi perſonæ & obligationi, in ſummaque actio quam contra Titium habet teſtator. Unde ſi Titius revera deberet, hæres non cogeretur præſtare decem legatario, ſed ſolùm actionem contra debitorem *l. ſervum filii 44. §. ſed etſi nomen 6. l. legatum 105. de legat. 1. l. nomen 34. l. qui chirographum 59. in fin. de legat. 3. §. tam autem 21. inſt. de legat.* ergo è converſo, ſi Titius nihil debeat, cum nulla ſit actio, nullum erit legatum ex defectu rei legatæ, quaſi res legata fuerit quæ non eſt in rerum naturâ; quod ex eo confirmat conſultus, quod ſi vivus teſtator exegiſſet pecuniam, extingueretur legatum, *l. fidei-commiſſa 11. §. ergo etſi nomen 13. de legat. 3. 21. inſt. de legat.* quia perveniret ad caſum à quo incipere non poſſet: ergo actio tantùm continetur in legato, & per conſequens fortiori ratione, ſi ab initio nulla ſit actio, & ab initio inutile debet eſſe legatum. Huc optimè conducit, quod ipſe Ulpianus ait, ſcilicet multùm intereſſe inter falſam demonſtrationem, & falſam conditionem, ſive cauſam, docens illa verba: *decem qua mihi Titius debet*, demonſtrationem non facere, ſed exprimere vim, conditionem & cauſam legati, id eſt legatum ipſum, ut Cujacius interpretatur; nam non eſt novum, ut verbum *conditio legati*, denotet legati ſtatum, & legatum ipſum, ut conſtat ex *l. ſi fundum 81. §. ſi libertus 4. de legat. 1.* Verùm non ita intelligendus eſt conſultus, quaſi ſentiat legatum illud non continere demonſtrationem; id enim falſum eſſet, ſed potiùs quaſi dicat non demonſtrationem ſolùm, ſed & conditionem continere; & unico verbo, non ſuperfluam, ſed neceſſariam demonſ-

Digitized by Google

trationem ; ut ſenſus ſit, falſitatem demonſtrationis ſupervacuæ non vitiare legatum ; falſam verò conditionem, id eſt neceſſariæ demonſtrationis falſitatem legatum evertere ex legatæ rei defectu.

53 Ad plenum rei hujus intellectum repetendum eſt quod dixi, nempe legatum hoc extingui per exactionem debiti factam à teſtatore, quod & probat textus in *l. ſed ſi* 21. *de liber. legatâ*, forti ratione, quàm ubi res legata poſteà alienatur, nam etſi alienata eſt durat, legatumque conſiſtere poteſt, licet res aliena facta ſit ; at cum nomen exactum eſt, extinguitur ipſa ſubſtantia debiti, hoc eſt illud ipſum quod legatum eſt perimitur, fruſtraque deſiderabit legatarius ſibi cedi actiones, cum nullæ ſuperſint : ex quo inſignis fluit differentia : in alienatione rei legatæ non aliàs legatum extinguitur, quàm ſi adimendi legatum animo alienatio intervenerit §. *ſi rem ſuam* 12. *inſt. de legat.* qui animus ex alienandi causâ inducitur *d. l.* 11. §. *ſi rem* 12. *de legat.* 2. at legatum debiti per qualem qualem exactionem extinguitur, quia deficit actio quæ legata fuit *d. l.* 21. *de liber. legatâ.* Verùm quemadmodum etiamſi cauſa alienationis ſit merè voluntaria, ſi tamen legatarius probaverit teſtatorem non habuiſſe animum adimendi legatum, non extinguitur legatum, ut conſtat à contrario ſenſu *d. l.* 11. §. 12. *de legat.* 3. ſic pariter etſi debitum legatum à teſtatore exactum ſit, ſi tamen legatarius probaverit non exegiſſe debitum animo extinguendi legatum, ſed potiùs ut ipſe exactam pecuniam ab hærede conſequeretur, non extinguitur legatum ; nam tunc legatum debiti in legatum quantitatis tranſlatum, ſeu transfuſum intelligitur *l. penult.* §. *ult. de adim. leg.* ſic docet, licet non ſic explicet Arnold. Vinn. in *d.* §. 21. *inſt. de legat. num.* 2. & 3. juxta quæ intelligendus eſt textus in *d. l.* 11. §. 13. ut patet : nam cum in §. 12, *anteced.* à contrario ſenſu indicaſſet per alienationem voluntariam non extingui legatum, ex hoc rectè infert in §. 13. quod pariter licet extinguatur per qualem qualem exactionem debiti, tamen ſi legatarius contrariam teſtatoris voluntatem oſtenderit, adhuc perſeverat : agit de infirmatione legati debiti per ejus exactionem Menochius *de præſumpt. tom.* 2. *lib.* 4. *præſumptione* 168. Conſtat ergo ſortiori ratione inutile eſſe hoc legatum, ſi ab initio nulla ſit actio.

54 Quibus opponi poteſt difficilis Juliani deciſio in *l. ſi damnatus* 10. *de liber. legatâ*, ubi hæres damnatus fuit à fidejuſſore non petere, & quod reus debet fuit juſſus Titio dare, ait conſultus teneri hæredem liberare fidejuſſorem per pactum, non per. acceptilationem : progreditur & ait, quod ſi hæres damnatus fuerit à reo non petere, & damnatus ſit Titio dare, quod fidejuſſor debet, tenetur reum per acceptilationem liberare, & legatario litis æſtimationem ſufferre, id eſt eamdem quantitatem quam fidejuſſor debet : & tamen licet nihil debeat fidejuſſor, utpore liberatus per liberationem reo principaliter relictam ex regulâ textus in *l. ſi quis reum* 5. *de liberatione legata* conſiſtit legatum, & tenetur hæres quantitatem debitam à fidejuſſore legatario ſulvere : ergo quoties quis legat alicui certam quantitatem quam Titius ei debet, etſi nullum ſit debitum, debet conſiſtere legatum. Nec difficultati ſatisfaciet qui dixerit, ideò legatum hoc utile fuiſſe, quia teſtator ſciebat nihil fidejuſſorem debere, quapropter creditur legare quantitatem, non actionem : doctrinam verò deductam ex *d. l.* 75. §. a. procedere, cum teſtator exiſtimabat Titium debere ; nam ſolutio hæc ex infra dicendis ſatis refellitur : reſpondendum eſt ergo in eo textu nullam interveniſſe neceſſariæ demonſtrationis falſitatem, ſed eamdem quantitatem quam verè reus principalis & fidejuſſor debebant, duobus fuiſſe relictam, nempe reo principali, qui ideo liberatur per acceptilationem ex *d. l.* 5. *de liber. leg.* & alteri quidem tertio cui legatum fuit, quod fidejuſſor debebat, & per conſequens quod reus principalis ; cui quidem tertio non dimidia quantitatis ſumma ſolvenda eſt, ſed integra quantitas ; quia legatum, ut ex textu conſtat, relictum fuit disjunctim per damnationem ; cum autem ita legatur, jure antiquo non ſcinditur inter eos legatum, ſed eadem utrique in ſolidum dari debet, uni res ipſa, alteri æſtimatio, ut conſtat ex Ulpiano *in fragm. tit.* 24. *de legatis* §. *ſi per damnationem* 12. ex Cajo *lib.* 2. *inſt. tit.* 5. §. *inter legatum* 6. ex Paulo *lib.* 3. *ſent. tit.* 6. *de legatis.* §. *interdum* 2. & ex Juſtino in *d. l. unic.* §. *ubi autem verſ. ſin autem disjunctim. C. de caduc. toll.* ex quâ doctrinâ intelligendi ſunt textus in *l. non quocumque* 82. §. *qui Gajum* 5. *de leg.* 1. *l. qui duos* 13. §. *de leg.* 2. tradit hanc ſolutionem D. Santos ubi ſupra ex mente Cujacii *lib.* 33. *ff. Juliani in d. l.* 10. & *in d. l.* 82. §. 5.

55 Poteſt etiam argui ex textu in *l. cum filius* 76. §. *hæres* 3. *de leg.* 2. ubi ita legavit teſtator *hæres meus Titio dato, quod ex teſtamento Sempronii debetur mihi*, cum jure novationis quam teſtator ante fecerat, nihil ei ex teſtamento Sempronii deberetur ; reſpondit Papin. falſam demonſtrationem legato non obeſſe : ergo non rectè contrarium huc uſque aſſeruimus. Sed facilis eſt ſolutio ; nam verum eſt quantitatem deberi teſtatori ; licet enim non debeatur ex teſtamento, debetur tamen ex ſtipulatione ; per novationem enim non omninò perimitur obligatio, ſed vetere ſublatâ nova conſtituitur : itaque, ni fallor, demonſtratio illa partim eſt neceſſaria, partim ſuperflua ; quatenùs exigit debitum, neceſſaria eſt ; quatenùs exigit deberi ex teſtamento Sempronii, ſuperflua eſt. Unde cum ſit vera illa demonſtrationis pars quæ neceſſaria eſt, ſcilicet cum verum ſit eam quantitatem teſtatori deberi, licet alia demonſtrationis pars quæ ſuperflua eſt, falſa ſit, cum falſum ſit per novationem quantitatem deberi ex priſtinâ obligatione, non ob id debet vitiari legatum : idque ſibi voluit conſultus, dum reſpondit falſam demonſtrationem non obeſſe legato, indicans illam partem quæ demonſtrationem ſolùm continebat, falſam fuiſſe ; quin imò & per exceſſum ſubjungit, nec partem quidem ſuperfluæ demonſtrationis in totum falſam fuiſſe ; nam non poteſt in totum videri falſum, quod veritatis primordio adjuvatur ; nec enim novatio extinguit prorſus memoriam, & cauſam priſtinæ obligationis. Unde licet propriè poſt novationem non poſſit dici deberi ex priſtinâ obligatione ; impropriè tamen id dici poterit, cum priſtina obligatio quodam modo novationi cauſam dederit ; quod confirmatur ex eo quod legatum liberationis debitori relictum non perimitur novatione factâ, quoniam idem obligatus maneat, non quidem ex veteri, ſed ex novâ quæ originem capit à veteri, ut probat textus in *l. ult.* §. *ult. de*

liberat. legatâ, ſic docet, licet non ſic explicet Cujacius *lib. 7. reſp. Pap. in d. §. 3.*

56 Ulteriùs expendi poteſt textus in *l. hujuſmodi* 20. *de verb. obl.* ubi quidam ita fuit ſtipulatus: *quod tibi Titius debet, cum debitor eſſe deſierit, dari ſpondes*, & ait Ulpianus hanc ſtipulationem utilem eſſe, perinde ac ſi ſub aliâ quâlibet conditione concepta eſſet, tunc ſic: ergo in ſtipulatione quantitatis debitæ promiſſori non continetur actio, & per conſequens idem de legato dicendum eſt. Conſequentia probatur: nam ſi in eâ ſtipulatione actio contineretur, eſſet inutilis ſtipulatio, utpotè collata in tempus quo nulla futura eſt actio ex regulâ textùs in *l. nemo 7. de verb. obl. l. Stichus 39. de man. teſtam. l. ſponſa 4. C. de donat. ante nuptias cum ſimilibus*: ergo cum utilis ſit, evincitur non actionem, ſed quantitatem continere. Sed reſpondeo idem jus quoad hanc partem obſervari in ſtipulatione, quod in legato; nam ſi quis ſtipuletur à Mævio, quod ei Titius debet, ſi Titius nihil debeat, inutilis eſt ſtipulatio ex eâdem ratione quâ in eodem caſu inutile eſt legatum; at cum quis ſtipulatur quod Titius promiſſori debet, cum debitor eſſe deſierit, non continetur in ſtipulatione actio, ſed quantitas expreſſa ex contrahentium mente, quæ ex eo colligitur, quod fuit collata in tempus, quo debitor Titius eſſe deſierit. Quapropter cum tunc non detur actio, ſed quantitas, intelliguntur contrahentes ſenſiſſe de quantitate præſtandâ ſub conditione, *ſi Titius debitor eſſe deſierit*; quæ ſtipulatio perinde eſt utilis, ac ſi ſub aliâ qualibet conditione concepta eſſet; cum quantitas quæ verè debetur, in id tempus promittatur, quod deberi deſinat; ex quibus verbis interpretum exiſtimo etiam utile eſſe legatum eodem modo conceptum, veluti ſi ita leget teſtator: *decem quæ mihi Titius debet, cum debitor eſſe deſierit, lego Sempronio*; pariter enim tunc non dicimus legatum eſſe actionem, ſed quantitatem ſub illâ conditione, ſi deberi deſinat: & per conſequens utile erit legatum perinde, ac ſi ſub aliâ qualibet conditione eſſet relictum.

57 Ex quibus venit intelligenda Papiniani quæſtio in *d. l. cum illud 25. §. hæres meus 1. quando dies leg. ced.* ubi teſtator, cui pupillus naturaliter debebat nummos quos ab eo ſine tutoris authoritate acceperat, & ex quibus locupletior factus non erat, ita legavit: *hæres meus Titio dato quod mihi Seius pupillus debet*, quærit conſultus, an hujuſmodi legatum utile ſit, nec-ne? & adhibita diſtinctione reſpondet, quod ſi teſtator ad præſens tempus verba retulit, quia nihil ei pupillus debet, nullius momenti legatum eſt; quod ſi verbo *debiti* naturalem obligationem & futuram ſolutionem cogitavit, utile eſt legatum, perinde ac ſi ita relictum eſſet, *hæres meus Titio dato, quod pupillus ſolverit*; quod ut intelligatur, notandum eſt ſupponere conſultum, pupillum nummos accepiſſe ſine tutoris authoritate: aliàs enim ſi tutoris interveniſſet authoritas, civilis oriretur obligatio juxta noſtra principia *l. obligari 9. de authorit. tutor. cum ſimilibus*, & per conſequens indiſtinctè legatum conſiſteret, hæreſque teneretur cedere actionem legatario contra pupillum. Ex eadem etiam ratione ſupponit pupillum ex nummis locupletiorem factum fuiſſe; aliàs enim utilis actio in eum competeret, quatenus locupletior factus eſſet, ex D. Pii reſcripto *l. litis conteſtata 37. de negot. geſt. l. ſed mihi 3. in princip. commodati*, & pariter indiſtinctè valeret legatum; caſum itaque nullum tractat quo pupillus naturaliter tantùm teſtatori nummos debebat; in quo ſanè videbatur dicendum legatum eſſe inutile ex ſuperiùs dictis, cum nulla ſit actio; verùm Papin. id verum eſſe fatetur, ſi teſtator ad præſens tempus verba retulit, id eſt ſi legavit præcisè, quod teſtamenti tempore ſibi pupillus debeat; aliud verò dicendum eſſe, ſi verbo *debiti* naturalem obligationem & futuram ſolutionem cogitavit, id eſt ſi eo animo legavit, ut legatarius conſequeretur quod pupillus debet, in caſu quo à pupillo ſolutum eſſet, & ſic cum pupillus à naturali obligatione liberaretur, & debitor eſſe deſineret; tunc enim ideo conſiſtit legatum, quod non actio, ſed pecunia legata ſit ſub illa conditione, cum pupillus debitor eſſe deſierit, juxta id quod ſupra deduxi ex *d. l. 20. de verb. obl.* nam licet pupillo in ætate pupillari ſolvente id quod naturaliter tantùm debetur, competat ex æquitate indebiti conditio *l. quod pupillus 41. de condit. indeb.* tamen ſi pubes factus ſolverit, repetere non poteſt, ut conſtat ex *d. l. 25. §. 1.* quibus terminis intelligendus eſt textus in *l. ult. de jurejurando cum ſimilibus.*

58 His omnibus ſimile illud eſt, quod ſi teſtator leget Titio centum quæ ipſe ei debet, ſi nihil debeat Titius, inutile omninò legatum eſt, ut expreſſè conſtat ex *d. l. 75. §. quod ſi addiderit 2. in princip. de legat. 1.* quia non quantitas, ſed liberatio legatur, quo legato hoc continetur, ut ſi hæres petat, exceptione ſubmoveatur; ſi non petat, poſſit à legatario conveniri, ut ipſum liberet *l. 3. §. nunc de effectu 3. de liber. legatâ. §. ſi quis debitori 13. inſt. de legat. cum ſimilibus.* ergo neceſſaria eſt demonſtratio, qua deficiente redditur inutile legatum ex defectu rei legatæ, cum nulla poſſit eſſe liberatio ex volgari regula textùs in *l. decem 116. de verb. obl.* Deinde in illo legato liberationem, & debiti remiſſionem contineri non quantitatem, ex eo conſtat, quod ſi debitum à teſtatore exactum fuerit, redditur legatum inane *l. non ſolum 7. §. liberatio 4. l. ſi id quod 21. de liber. legat.* quod idem ab argumento probatur ex *l. cum hæres 24. eod. tit.* Ita ſentiunt omnes Interpretes, à quibus receſſit Anton. Faber *lib. 5. conject. cap. 2.* qui exiſtimat multùm intereſſe, an legatum de quo ſupra, relinquatur per vindicationem, an per damnationem; ita ut ſi per vindicationem relinquatur hoc modo: *lego Titio centum aureos quos mihi debet*: licet Titius nihil debeat, etſi falſa ſit demonſtratio, utile tamen legatum ſit; ſi verò per damnationem hoc modo: *Centum aureos quos mihi Titius debet, hæres meus damnas eſto non petere, vel ei dare*, Titio nihil debente inutile ſit, quia hoc poſteriori caſu non eſt veriſimile teſtatorem voluiſſe, ut ſi nihil Titius deberet, nihil hæres ei daret, cum dare non poſſet eam quantitatem quæ ſibi debetur, ſi nulla debeatur; priori autem caſu teſtator ipſe dedit, nec de illo quærimus quid teſtator dare poſſit, ſed quid teſtator dederit; & ad relictæ quantitatis præſtationem tenetur hæres, quaſi falſa duntaxat demonſtratione adjecta: ab authoritate, tota ejus ſententia nititur Pauli deciſione in *l. legavi 25. de liber. legatâ*, quam expreſſam putat, nec ullum aliud fundamentum ex prolixo eo capite deſumi poteſt.

59 Verùm à contraria ſententia recedendum non

eſt, quæ expreſsè probatur ex *d. l.* 75. §. 2. ubi cum de legato vindicationis loqueretur Ulpianus, aſſeruit Titio nihil debente, nullum eſſe legatum. Nec dici poteſt cum Fabro conſultum non tractare illum caſum, quo decem debita ipſi debitori legantur, ſed illum quo decem debita à Titio alii extraneo legantur; nam ipſa textûs ſeries oſtendit manifeſtè utrumque caſum pertractari, & idem jus in utroque conſtitui, licet per vindicationem legatum relinquatur. Nec ratio differentiæ tradita à Fabro inter caſum quo decem debita ipſi debitori legantur per vindicationem, & caſum quo per damnationem relinquuntur, alicujus momenti eſt: in omni enim legato non ſolùm inſpicitur, quid teſtator dederit, ſed & quid hæres dare poſſit; cum nullum ſit legatum ejus rei, quæ dari non poteſt; quin imò & in propoſita ſpecie, qui decem debita ipſi debitori legavit, nullo debito exiſtente, nihil ipſi legavit; hoc legato ſola liberatio, non quantitas continetur ex jam dictis rationibus. Itaque ſive inſpiciamus quod teſtator dederit, ſive quid hæres dare poſſit, inutile eſt legatum; quia res legata fuit quæ non eſt in rerum naturâ. Nec contrarium probat perplexus ſanè textus in *d. l.* 25. *de liberatione legata* ibi: *quod ſi nihil debeat, poterit dici quaſi falsa demonſtratione adjectâ etiam peti quod comprehenſum eſt poſſe.* Cui ut reſpondeant Interpretes, duas referunt emendationes, ex quibus unaquæque videtur probabilis. Joann. & Azo, quos ſequitur D. Santos *ubi ſupra num.* 43. aſſerunt illa verba non affirmativè, ut in Pandectis Florentinis, ſed cum interrogatione, ut in vulgaribus, legenda eſſe, & ſimiliter ſequentia verba: *ſed poterit hoc dici, ſi ita legavit: centum aureos quos mihi debet, vel Stichum quem debet hæres meus, damnas eſto non petere*, cum interrogatione legenda eſſe, ut ſic in verſiculo *quod ſi ſic dixit*, utrique interrogationi reſpondeatur. Cujacius 10. *quæſt. Paul. in d. l.* 25. feliciter textum explicat, quin neceſſarium ſit emendationem ſubjungere. Quærit Paulus ſi creditor debitori legaverit quod ſibi ab eo debetur, vel adjecta certa quantitate ſine ſpecie, vel ea non adjecta, an utile legatum ſit; & reſpondet nihil intereſſe, an teſtator juſſerit hæredem debitorem liberare, an prohibuerit hæredem à debitore debitum exigere, ſed utroque caſu liberationem legatam intelligi, hæredem à debitore poſſe conveniri, ut liberet eum. Progreditur & ait, quod ſi teſtator etiam centum aureorum, vel fundi debiti mentionem fecit, ſi ſubſit debitum, debitor liberandus eſt; quærit tamen quid dicendum, ſi debitum non ſit, & ait prima facie poſſe dici, quaſi falſa demonſtratione adjecta quantitatem peti poſſe; quia cum conſtet de quantitate legata, fruſtra videtur exigi veritas demonſtrationis: illis enim verbis, ut eleganter conſiderat Cujacius, Paulus non decidit, ſed dubitandi rationem ponit. Itaque neceſſe non eſt hæc verba cum interrogatione legi contra Pandectarum Florentinarum fidem. Pergit & ait: *ſed poterit hoc dici, ſi ita legaverit: centum aureos &c.* hic negationem addit Cujacius, & ita legit: *ſed non poterit hoc dici*, ubi ſuprà, & *tract. 5. ad Africar. in d. l.* 108. §. 10. *de legat.* 1. ſed non neceſſariò jam conſultus extendit rationem dubitandi, & ait poſſe illis caſibus demonſtrationis falſitatem legatum non vitiare, & expreſſiùs continuat dubitationem dum ait. *Quod ſi quis dixerit: hæres meus centum aureos quos mihi Titius debet, damnas eſto ei dari, poterit tentari, & ſi nullum ſit debitum, valere legatum*, huc uſque dubitavit: mox decidit id ſibi nequaquam placere; ſed in his omnibus caſibus demonſtrationem eſſe neceſſariam, ejuſque falſitatem legatum vitiare. Nec dicat aliquis Paulum id ſolum in ultima ſpecie reſpondere, ut arguit ſubjecta illa ratio: *cum dandi verbum ad debitum referre ſe teſtator exiſtimaverit*; nam reſponſio generalis eſt. Subjunxit verò illam rationem ſpecialem, quia eo caſu fortiori ratione dicendum videbatur, falſam demonſtrationem non obeſſe legato, quia *dandi* verbo uſus fuit teſtator: ſed tamen reſpondit in præſenti liberationem legatam intelligi, quia verbum illud ad debitum refertur *l.* 3. §. 1. *de liberatione legatâ.*

60 Nunc illa eſt diſceptanda quæſtio, an ſcilicet quæ deduximus ex *d. l.* 75. §. 1. & 2. *de leg.* 1. procedant, ſi teſtator ſciens nihil ſibi à Titio deberi, decem quæ ſibi Titius debet, ipſi Titio, vel alii legaverit, & quidem Raphaël Cumanus in *d. l.* 75. §. *fin. de leg.* 1. & *in l.* 13. §. *fin. de legat.* 2. quem ſequitur Jaſo *in d. l.* 75. §. 1. *num.* 11. *cum ſequentibus* aſſerit legatum conſiſtere: nam creditur teſtator legare quantitatem, non jus actionis, aut liberationis, ne aliàs inutilem actum faceret argumento textûs in *l. ſi quando* 109. *de legat.* 1. ex regulâ textùs in *l. quoties* 12. *de rebus dubiis*, *cum ſimilibus*. Verùm contrariam ſententiam defendunt Caſtrenſ. Alexand. & Socin. in *d.* §. 1. quos ſequitur Coſta *lib.* 1. *ſelect. cap.* 5. *num.* 8. & 9. quæ expreſsè probatur ex *d. l.* 75. §. 1. & 2. ubi ſecurè Ulpianus docet tale legatum non valere: admiſſa verò ſententia Cumani conſequens fuiſſet conſtituere regulam quod valeret, cum regulariter præſumatur teſtator non erraſſe; ut quàm indiſtinctè in tali legato jus actionis aut liberationis continetur; nec poteſt ex interpretatione fieri, ut quantitas videatur legata, quia voluntas in eo quod legari potuit, non eſt expreſſa; in eo verò quod eſt expreſſum, inutilis eſt argumento textùs in *l. quoties* 9. *in princip. de hæred. inſt.* ſed poſſet argui ex *d. l.* 25. *de liberatione legatâ*, ubi ideò ſcribit Paulus legatum non conſiſtere, quia *dandi* verbum ad debitum referre ſe teſtator exiſtimaverit: ergo loquitur de errante teſtatore, & ſupponit quòd ſi teſtator ſciret ſibi nihil deberi, eo legato, non liberatio, ſed quantitas contineretur. Reſpondeo cum Coſtâ *ubi ſuper*, illis verbis id Paulum ſenſiſſe quod etiamſi verbo *dandi* uſus fuerit teſtator, jus liberationis legam continetur, non certa quantitas, quia *dandi* verbum ad debitum omnimodo teſtator ſe referre exiſtimavit, id eſt ad debitum de quo locutus fuerat, cum dixit: *quos mihi debet*: proinde colligit non minùs in eâ ſpecie jus liberationis legato contineri, quàm ſi hæres damnatus eſſet non petere; in quâ ſpecie nemo dubitaret, quin liberatio indiſtinctè eſſet legata.

61 Notandus eſt ad rem elegans textus in *l. fin. in princip. de liberat. legata*, quem pro utrâque ſententia expendunt authores. Proponit Scævola creditorem debitori ſuo ita legaſſe: *Caio Seio quidquid ſub pignore hortorum ſuorum debuit, ab hæredibus meis dari volo.* Cum poſt factos Codicillos teſtator partem pecuniæ debitæ à Caïo exegiſſet; quærit an pecuniam ſolutam debitor ex cauſa legati ab hærede creditoris petere poſſit; & reſpondit non poſſe, quia liberatio legata eſt, non quantitas. Progreditur, & quærit ſi ante factos

Digitized by Google

codicillos creditor à debitore penè omnem pecuniam ſortis, & uſurarum exegerit, ita ut modicum jam debeatur, an pecuniæ ſolutæ repetitio competat debitori; quia non pecunias, ſed liberationem teſtator legare voluit; at ſi conſultò, id eſt ſciens pecuniam jam ſolutam eſſe, ita legavit, competit repetitio jure legati, & reſpondet propter verba ad præteritum relata, quod ſcilicet oblivione aut inſcius pecuniæ ſibi ſolutæ ita legavit, nec repetitio competit debitori; quia non liberaſſet quaatum creditur legatum. Sic tenent noſtræ ſententiæ authores: ergo ſi legatum relictum eſſet per verbum præſentis temporis, debet indiſtinctè liberatio eſſe in legato; ſed non rectè, ut Coſta prævidit; nam in ſpecie illâ, etſi verbo præſentis temporis uſus fuiſſet teſtator, cum aliquid licet modicum ei deberetur, in eo poſſet conſiſtere legatum. Ratio verò Cumani ea eſt quod. legatum omninò eſſet inutile, ſi liberatio legata videretur. Deinde quia textus loquitur de legato ſimpliciter relicto, quæſtio verò noſtra eſt de legato certæ quantitatis, ex quibus pro contraria ſententia ſic expendi poteſt: verbum *debuit* hoc efficit, ut quanquam in legati verbis certa quantitas non contineretur, tamen per relationem ad præteritum tempus certa quantitas quondam debita intelligeretur legata à teſtatore ſciente: ergo ſi legatum relinquatur expreſſa quantitate per verbum de præſenti ab ſciente teſtatore; non liberatio, ſed quannitas debet credi legara. Sed cum Coſtâ reſpondeo non poſſe eamdem rationem verſari in verbo præſentis temporis quæ in verbo præſenti locum habet: nam ubi ita legatur: *quidquid mihi Titius debuit, ei heres dato*, manifeſtè conſtat jus liberationis ſecundùm verborum proprietatem non poſſe legatum intelligi, cum utique qui debuit, nec ad præſens debet, nequeat liberari. Unde quæſtio voluntatis eſt, an pecuniæ ante codicillos ſolutæ debitori competat repetitio, & per conſequens ſi teſtator adjectâ certâ quantitate ita legavit: *Titio centum aureos, quos mihi debuit, heres dato*, falſa demonſtratio legato non nocet; quia certa quantitas videtur legata, non liberatio; quia verbum *debuit* id exigit, ut ſubtiliter excogitavit Socin. in *d. l.* 17. *de C. & D. num.* 6. & 7. diverſa ratio eſt in verbo præſentis temporis *debet* cui propriè convenit ſine diſcrimine liberationis interpretatio.

62 Quæri etiam illud poteſt an in his omnibus caſibus utile ſit legatum, ſi civile tantùm ſubſit debitum, quod per exceptionem perpetuam, & peremptoriam elidi poſſit; & quidem ſi teſtator hujuſmodi exceptione tutus creditori centum aureos quos debet legaverit, validum eſt legatum; quia remiſſa creditur exceptio *l. ſi creditori* 28. *in princip. de leg.* 1. *l. ſi deportati* 7. *fin.* §. *de leg.* 3. quemadmodum & legatum tenet, ſi teſtator centum aureos quos ipſe naturaliter debet, creditori legaverit *l. quibus diebus* 40. §. *dominus* 3. *de cond. & dem.* ſi verò teſtator exceptione perpetuâ tutus generaliter quod debet, legaverit, dicendum videtur inutile legatum eſſe; nam cum quis ſimpliciter legat quod debet, nullo exiſtente debito, ex neceſſariæ demonſtrationis defectu nullum eſt legatum *ex d. l.* 75. §. 1. ſi verò qui exceptione perpetuâ munitur, nihil debet *l. is cui* 42. §. *fin. de O. & Act. cum vulg.* cum nihil interſit, an quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur *l. nihil intereſt* 112. *de reg. jur.* & ab argum. id probare videntur textus *in l. ſi prior* 32. *ſolut. matrim. l. ſi is cui* 94. §. *ult. de ſolut.* ſed contrarium verius eſt, nam expreſsè probatur *ex l. ſi creditor* 13. *in fin. de liber. legatâ.* & ex ratione juris confirmatur, quia etſi in effectu nihil debeatur inſpecto exitu exactionis, tamen quoad obligationem debitum ſubeſt, ideo legatum eſt nullum, quia non apparet quid quantumve legatum ſit; ex quo fluit quod ſi aliquid ſit debitum vel civile, vel naturale, debet conſiſtere legatum; nec tunc obſtant textus *in d. l.* 32. & *in d. l.* 94. §. *ult.* quoniam alia mens legantis eſt qui liberalitatem exercere intendit, & creditur remittere exceptionem, alia paciſcentis ſeu contrahentis qui ſibi proſpicere intendit. Aliud dicendum puto, ſi teſtator cui Titius civiliter tantùm rem aliquam debet, quod Titius ſibi debet ſimpliciter, vel adjectâ quantitate aut ſpecie, extraneo legavit, tunc enim inutile legatum erit, quia ſolum jus actionis creditur legatum, quod inefficax eſt & inane, in quo differt civile debitum à naturali juxta dicta *num.* 57. idem dicendum eſt, ſi ipſi Titio debitori legatum relinquatur; nam tunc ſolum jus liberationis legatur, quod in præſenti eſt inane *d. l.* 13. *in princ. de liber. legatis.* Cæterùm ſi teſtator id quod naturaliter debetur, debitori legaverit, utile erit legatum ad hoc, ut ei per errorem ſolventi repetitio competat, ut probatur à contratio ſenſu ex textu *in l. creditori* 24. *de legatis.* 3.

Ex quibus omnibus apparet neceſſariæ demonſ- 63
trationis de præſenti vel præterito falſitatem inutile reddere legatum. Verùm illud objicitur argumentum difficile: Hæc neceſſaria demonſtratio falſa etiam eſt conditio, & per conſequens impoſſibilis; ſed impoſſibilis conditio non vitiat legatum; imò eâ rejectâ purum remanet *l. obtinuit* 3. *de C. & D. cum paſſim notis:* ergo falſitas neceſſariæ demonſtrationis non debet reddere inutile legatum. Creſcit difficultas ex eleganti textu *in l. cum tale* 72. §. *falſam conditionem* 7. *de C. & D.* ubi ait Papin. falſam conditionem illam impoſſibilem eſſe; ex quo infert quod ſi ſervo ita libertas relinquatur: *Pamphilus, ſi quod Titio debeo ſolverit, liber eſto.* Si Titio nihil fuit debitum, falsâ & impoſſibili conditione rejectâ ſubſiſtit datio libertatis, & ex textu *in l. ab omnibus* 104. §. 1. *de legat.* 1. ubi quidam ita legavit: *Lucio Titio, ſi is heredi meo tabellas quibus ei pecuniam expromiſeram dederit, centum dato:* & docet Julianus quod ſi teſtamenti faciendi tempore nullæ ſint tabulæ, legatum valet, illa conditione ut pote impoſſibili de præſenti vel præterito inutile reddere legatum, vel ſi fortè alicui hæc ſententia diſplicuerit (mihi ſanè non admodùm placet) Reſpondeo verum eſſe conditiones omnes impoſſibiles legatum non vitiare, ſi abſque earum veritate de re legatâ conſtet; at cum quis legat alicui quod ei Titius debet, vel aliud ſimile legatum relinquit, conditio ita ineſt legato, ut abſque ejus verificatione res legata non poſſit apparere, quapropter ſi conditio eſt impoſſibilis, impoſſibile eſt legatum, quia res legata non eſt in rerum naturâ; legatum verò rei impoſſibilis quæ in rerum oaturâ non eſt, omninò eſt nullum *l. quidam* 7. §. 1. *de tritico, vino, & oleo legato* argum. textûs *in* §. 1. *inſt. inutil. ſtipul.* Nec aliud probant textus *in d. l.* 72. §. 7. nam ibi rejectâ falsâ & impoſſibili conditione, conſtat de libertate & ſer-

Digitized by Google

vo cui relicta fuit. Unde ſi legatum ſub eâ conditione relinqueretur, utile eſſet. Eâdem ſolutione intelligo textum *in d. l.* 104. §. 1. & hæc de neceſſariâ demonſtratione, ſimulque de hoc capite.

CAPUT II.

De ſupervacuis Demonſtrationibus adjectis inſtitutionibus, legatis, & fidei-commiſſis.

1 DIximus jam de neceſſariâ demonſtratione, ex cujus veritate vel falſitate omninò pendet legati validitas vel inutilitas. Succedit nunc ſupervacua demonſtratio ſeu ſuperflua, id eſt adjectio omnis extra nomen rei, vel perſonæ jam ſatis deſignatæ demonſtrandæ gratiâ adhibita, in præſens vel præteritum tempus collata, non in futurum. De hac accipiendum eſt quod vulgò jactatur, falſam demonſtrationem diſpoſitionem cui adjicitur non vitiare, cum enim aliunde jam conſtet de rebus & perſonis, fruſtra deſideratur veritas demonſtrationis, ut probant textus omnes adducti ſuperiori capite *num.* 2. in quibus legata proponitur certa alia ſpecies, vel quantitas, cum falsâ demonſtratione, *veluti ſtichum quem à Titio emi, ſtichum vernam, ſutorem, coquum, fundum tuſculanum qui mihi à Sejo denatus eſt, centum aureos quos mutuò accepi.* Quæ doctrina vera eſt non ſolùm quando teſtator qui unum tantùm ſtichum, vel fundum Tuſculanum habebat, ita legavit; verùm & etiam, meo judicio, ſi plures ſtichos vel Tuſculanos fundos habebat; quod ut percipiatur, notandum eſt quòd ſi is qui plures ſervos, vel fundos ejuſdem nominis habet, unum ex eis legaverit, multùm intereſt an de certo ſervo, vel fundo ſenſerit, an de incerto; ſi de incerto ſenſit, & per vindicationem legavit, legatario competit non ſpecie *l. qui ex pluribus* 106. *de V. O.* ſi verò de certo ſenſit, nec tamen appareat de quo ſenſerit, poteſt legatarius compellere hæredem ad incertitudinem declarandam, & hæredi competit electio, ut quem velit præſtet, textus qui ſic ab omnibus accipiuntur *in l. ſi quis* 32. §. 1. *l. cum ſervus* 39. §. *ſocio* 6. *de legat.* 1. expreſſior textus *in l. legato* 37. §. 1. *eodem tit.* ubi Cujacius & Duaren. quibus poſitis, ſi in 1. caſu falſa demonſtratio legato adjiciatur, repetenda ſunt quæ dixi *præced. cap. num.* 43. ſecundò autem falſa demonſtratio legatum non vitiat, quia teſtator de certo corpore ſenſit inſuper habitâ demonſtratione, de quo conſtat per hæredis electionem; legato verò ſpecifico non nocet demonſtratio. Sed, arguet aliquis non inſubtiliter *in d.* §. 30. *de legat. cum ſimilibus*, docetur legatum ſtichi cum falſa demonſtratione ita demùm utile eſſe, ſi de ſervo conſtet: ergo ſupponitur aliquem poſſe dari caſum, in quo ſi falſa ſit demonſtratio adjecta legato ſtichi; non conſtet de ſervo, & tunc legatum eſſe inutile; ſed nullus alius poteſt dari caſus, in quo falſa apparente demonſtratione non conſtet de ſervo, niſi cum teſtator plures ſervos ejuſdem nominis habebat; aliàs enim per proprii nominis expreſſionem præcisè de ſervo conſtaret: ergo tunc inutile debet eſſe legatum. Reſpondeo illo caſu de ſervo conſtare per hæredis electionem, & falſum eſſe dicere nullum alium poſſe dari caſum, in quo falſa apparente demonſtratione adjectâ legato ſtichi, de eo non conſtet: nam etſi nomen ſtichi expreſſum ſit, & ſic ſtichus legatus ſit, poteſt tamen evenire, ut nullum ejus nominis ſervum teſtator habeat, quo caſu jam non conſtat de ſervo per proprium nomen. Itaque ſi nec aliunde conſtat, exigitur veritas demonſtrationis; elegans ad rem textus *in l. qui habebat* 28. *de reb. dub.* nam ſi demonſtratio falſa ſit, inutile eſt legatum; quia de ſticho nec ex nomine, nec aliunde conſtat. Unde in hoc caſu demonſtratio eſt neceſſaria, quomodo eleganter explicatur textus *in d.* §. 30. *cum ſimilibus.*

Opponitur difficilis textus *in l. quidam* 7. §. 1. *de tritico, vino & oleo legato*, ubi teſtator ita legavit: *Lucio Titio tritici modios centum, qui ſinguli pondo centum pendeant, heres dato.* & reſpondet conſultus demonſtrationis falſitatem vitiare legatum; tunc ſic: en ubi demonſtratio ſupervacua eſt; nam eâ inſuper habitâ conſtat de re legata, & tamen ſi falſa ſit, vitiat legatum: ergo demonſtrationis ſupervacuæ falſitas vitiat legatum. Sed reſpondeo ideo in prædicta ſpecie inutile legatum eſſe, quoniam res legata fuit quæ non eſt in rerum natura, nec enim tam immenſi ponderis triticum eſt in rerum natura; proinde tanquam legatum rei impoſſibilis nullum eſt. Nec dicat aliquis impoſſibilitatem ineſſe demonſtrationi, non rei legatæ; nam cum triticum ex moderatione, & pondere exploretur & æſtimetur, eo ipſo quod pondus impoſſibile adjectum ſit, triticum legatur, quod non eſt in rerum natura. 2

Deinde ſic argui poteſt: error in nomine rei legatæ vitiat legatum, ſed demonſtratio fungitur vice nominis: ergo pariter in demonſtratione legatum debet vitiare. Major prob. *ex l. ſi quis in fundi vocabulo* 4. *de leg.* 1. *l. qui veſtem* 10. *de ſuppellectili legatâ*, ubi quis dum veſtem vult legare, ſuppellectilem adſcribat, exiſtimans ſuppellectilis appellatione veſtem contineri, nullum dicitur eſſe legatum veſtis. Sed dicendum eſt cum Cujacio in recitatione *ad d. l.* 4. nominum eſſe genera quædam ſubſtautiam rei ſignificantia, ut homo, fundus, veſtis; quædam differentiam continentia, ut Titius, fundus Cornelianus; illa ſunt publica, & communia, nec ex privatorum voluntate poſſunt mutari. Hæc verò privata ſunt, & arbitrio cujuſquam poſſunt mutari: error in nomine ſolùm differentiam conſtituente legato non nocet, veluti ſi ſtichus pro Pamphilo legatus ſit, vel fundus Cornelianus pro ſempronia-no, niſi ſimul in corpore erretur, ut *in l.* 9. *in princip. de contrah. empt.* unde cum *in d. l.* 4. pro veſte ſuppellex legetur, iſque ſit error in nomine ſubſtantiam rei ſignificante, inutile eſt legatum; nam neque id dixit quod voluit, neque id quod dixit, voluit *l. labeo* 7. §. 2. *de ſuppellectili legatâ l. in ambiguo* 3. *de rebus dubiis.* Quapropter cum nulla alia ſuperſit demonſtratio, de re legata non conſtat. Cæterùm illud notandum eſt aliquando ex uſu loquendi de vocabulo dubitari, vel propter rerum affinitatem; & tunc errorem in nomine legatum non vitiare; ut ecce dubitatum olim fuit, an candelabrum argenteum in ſuppellectili enumeraretur, an in argento? *l.* 9. §. 1. *de ſuppell. legat.* & licet obtinuerit ſuppellectili adſcribendum eſſe, tamen error legantis id argento adſcribere volentis legatum non vitiat *l.* 3. §. *ult. de ſuppellectili legatâ.* Sic etiam 3

dubitatum fuit, an vaſa eſcaria, vel potoria, argentea vel aurea ſuppellectili eſſent adſcribenda? & licet obtinuerit in argento numerari, tamen error legantis ea ſuppellectili adſcribere volentis legatum non vitiat *l. cum quidam* 8. *de ſuppellectili legatâ.* Sic & propter rerum affinitatem error toleratur *l. librorum* 52. §. *quod tamen* 4. *de legat.* 3. Docet Cujacius *in d. l.* 4. *de legat.* 1. Retes 1. *opuſc. cap.* 24.

4 A paritate expendi poteſt textus *in l. minor* 39. §. *ult. de evict.* ubi nudæ proprietatis Dominus in tradendo ſervum venditum, dixit uſum fructum eſſe Seji, cum reverà ad Sempronium pertineret; & reſpondet Julianus quod Sempronio uſumfructum petente, perinde venditor tenetur, ac ſi dixiſſet ſe oſusfructus nomine adversùs Sejum tantum non teneri; tunc ſic: en ubi falſa demonſtratio inducit actionem de evictione: ergo & debet vitiare legatum. Sed reſpondeo quòd in hac ſpecie non ſolum error intervenerit in nomine, ſed in perſonâ uſufructuarii; exiſtimavit enim emptor uſumfructum ad Sejum pertinere, & ob id forſan majori pretio ſervum emit; quia cum uſusfructus variis modis extinguatur, poteſt talis eſſe Sejus, cujus mors vel capitis diminutio facilè poſſit expectari, & ſi expreſſum eſſet uſumfructum ad Sempronium ſpectare, minori pretio fundus emeretur; ideo Sempronio uſumfructum petente, venditor tenetur. Verum id explicandum eſt ex textu *in l. fundum* 7. *de act. empt.* ſcilicet ſi Sempronius vindicet uſumfructum, poſtquam in ea cauſa eſſe cepit Sejus, ut etiamſi uſusfructus ejus eſſet Seji, nondum tamen eſſet conſolidatus cum proprietate, ita ut nullo damno eo nomine afficiatur emptor: ſic explicat Cujacius 57. *ff. Juliani in d. l.* 39. §. *ult.* ex quâ ratione ſi in contractu emptionis error non interveniat, non ſolum in nomine, ſed & in corpore rei venditæ, inutilis eſt emptio *d. l.* 9. *in princip. de contrah. empt.* & idem de legato dicendum eſt, ſi ſimilis caſus eveniat, ut conſiderat Duarenus *in d. l.* 4. *de leg.* 1. regula verò noſtra procedit, quando error ſolum interceſſit in nomine, vel demonſtratione, non in re legatâ.

5 Ad hanc partem ſupervacuæ demonſtrationis pertinet textus *in l.* 1. §. *ſi quis uxori* 8. *l. cum ſcriptum* 6. *in princip.* & §. 1. *de dote prælег.* *l. quæſt.* 40. §. *qui dotalem* 4. *de C.* & *D. l. cum quidam* 21. *de leg.* 2. *l.* 3. *in fine l. ult. C. H. tit. de falſa cauſa adjectâ cum ſimilibus*, in quibus maritus qui nullam dotem acceperat, certam quantitatem quam accepit legavit. Sed huic doctrinæ opponi ſolet textus *in l. is quis in petit.* 15. §. *ei quæ dotem* 3. *de legat. præſtand.* ubi ſcribit Paulus, ei quæ dotem non habet, nullum legatum deberi, licet ſub prætextu dotis legetur. Reſpondeo cum Cujacio in recitatione ad noſtrum titulum *C. de falſa cauſa* in eo textu agi de teſtamento reſciſſo per bonorum poſſeſſionem contra tabulas, ex quo nec legata nec fideicommiſſa debentur, exceptis his quæ relicta ſunt liberis & parentibus & uxori, vel nurui, dotis nomine, quæ omnia conſervat edictum *l.* 1. *in princip. de legat. præſt.* licet verò Prætor uxori vel nurui dotis nomine legatum relictum, ut æs alienum remque debitam conſervet, non tamen conſervat niſi vera fuerit cauſâ dotis, ideoque legatum relictum ſub prætextu dotis ei quæ dotem non habet, non conſervatur ex edicto, ſed infirmatur ut cætera legata; nam ea fuit mens Prætoris, ut conſervet tantùm dotem mulieribus quam habent, non alia legata, nec relicta quidem ſub umbrâ & imagine dotis, quomodo intelligendi ſunt textus in *l. virilis* 8. §. *ſi quid uxori* 3. & §. *cum autem* 5. & §. *ult. l. ſed etſi* 10. *in princip.* & §. 1. *de legat. præſt.* Nec obſtat textus in *l. ſed etſi plus* 9. *eodem tit.* ubi conſervatur legatum, licet in eo plus ſit, quàm in dote, nam omiſſa ſolutione Cujacii *lib.* 41. *Paul. ad Edict. in d. l.* 9. cum Accurſio reſpondendum eſt quod ibi datur actio, non ad id quod plus eſt in legato, quàm in dote, ſed ad eamdem quantitatem: itaque ſenſus eſt quòd licet plus in legato ſit quàm in dote, tamen conſervatur legatum quoad eam quantitatem, quæ pro dote legata fuerat; quod optimâ ſanè ratione nititur, ne aliàs fraus fiat edicto, quò faciunt, ni fallor, ab argumento textus in *l. cum quis decedens* 37. §. *Titia* 6. *de legat.* 3. *l. qui teſtamentum* 27. *de probationibus.* Ubi ſi ei qui intra certum modum capere poteſt, major quantitas ſub prætextu debiti legetur in fraudem legum, dicitur legatum relictum, & ſolùm poteſt legatarius capere quantitatem, quæ non excedit modum à lege conſtitutum. Unde in his omnibus caſibus legatum, non præcisè falſitas demonſtrationis reddit inutile, ſed potiùs lex ipſa, vel Prætoris edictum.

Solet opponi textus in *l. cum tale* 72. §. *ult. de C.* & *D.* ubi Papirius docet falſam demonſtrationem non facere legatum, & ad id oſtendendum ſequenti utitur exemplo: ſi quis cum Titio nihil legaſſet, ita ſcripſerit: *ex centum quæ Titio legavi, quinquaginta hæres Sejo dato*, tamen nihil debetur ex defuncti voluntate Titio, quia non animo legandi, vel diminuendi legatum, quod falsò datum exiſtimabat, ita ſcripſit, & concludit Sejum propter falſam demonſtrationem legati non plus conſequi, quàm ſi verè demonſtratum fuiſſet: ergo falſâ demonſtratio legatum infirmat. Sed fatua eſt illatio; nam Papinius non aſſerit falſam demonſtrationem vitiare legatum; ſed potiùs nnn vitiare, cum doceat Sejum cujus legato falſa demonſtratio fuit adjecta, idem conſequi quod conſequeretur, ſi vera eſſet demonſtratio: ſolùm ergo regulam illam proponit, ſcilicet quod falſa demonſtratio quemadmodum non vitiat legatum, ſic nec illud facit, id eſt non efficit, ut Titio, cui nihil fuit legatum, aliquid legatum ſit; cujus eſt ratio, quia per verba enuntiativa, cum non ſint diſpoſitiva, non inducitur diſpoſitio *l. ex facto* 19. *l. hæreditas* 65. *l. ſi quis ita* 82. *de hæred. inſt. l. Titia* 34. *in princip. de legat.* 2. ſic explicant Cujacius 18. *quæſt. Pap. in l.* 72. §. *ult.* Pacius *centuriâ* 6. *quæſt.* 44. Oſſ. *lib.* 8. *comm. cap.* 14. *littera D.* Notandum eſt tamen quod licet ex verbis enunciativis non inducatur petitio legati, aut fidei commiſſi, tamen competit retentio per exceptionem doli ex conjecturâ voluntatis teſtatoris, quomodo intelligendi ſunt textus aliàs difficiles in *l. emptor* 65. §. 1. ubi Cujacius 2. *reſp. Pap. de rei vindicatione l. denique* 8. §. *interdum* 7. *de peculio* §. *ſi peculium* 10. *in fin. inſt. de leg. l. ult.* §. 1. *de doli mali & metus exceptione:* exceptio enim doli omnibus obſtat, qui aliquid petunt contra voluntatem teſtatoris, ut conſtabit ex dicendis ſequenti capite. Solùm in teſtamento militari jure confecto ex verbis enunciativis diſpoſitio inducitur *l. teſtamento* 49. *de man.* 6

teſtamento

Digitized by Google

teſtamento l. ex his verbis 7. C. de teſtam. milit. Verùm idem viget adhuc in teſtamento paganico quoad exhæredationem filiæ jure antiquo; nam cum olim neceſſe non eſſet filiam nominatim exhæredare, ſed ſufficere inter cæteros *princip. inſt. de exhared. lib.* ex verbis enunciativis potuit induci filiæ exhæredatio; textus elegans *in l. qui volebat 61. de hæred. inſt.* ubi videtur id ſenſiſſe Cujacius.

7 Verùm opponitur textus *in l. ex hac ſcripturâ 16. de donat.* ubi ex verbis enunciativis inducitur diſpoſitio. Reſpondeo cum Cujacio *ibid. lib. 2. reſponſor. Ulpiani*, quòd ibi ex verbis enunciativis non inducitur fidei-commiſſum, ſed ſolùm præſumitur factam fuiſſe à teſtatore donationem inter vivos, donaſſe libertis, quomodo intelligitur etiam textus in *l. ſi donatio 5. C. de don.* objici etiam poteſt textus in *l. cum ita legatur 9. de opt. leg.* ubi cum teſtator ita legaſſet: *Titio ſtichum de, lego, ſi Pamphilum non elegerit*, ait Julianus hoc legatum eſſe alternativum: ergo ſentit ex verbis enunciativis quod inducitur diſpoſitio. Sed ex ipſo textu ſolutio liquet; nam conſultus non aſſerit legatum illud eſſe alternativum; nam Pamphilus tantùm eſt in conditione, non in diſpoſitione *l. ſi penum. 24. quando dies leg. ced.* ſed ſimile legato alternativo; nam quemadmodum cum legatum eſt alternativum, ſi per vindicationem relinquitur, competit electio legatario; ſic pariter & ex illâ legandi formulâ legatario conceditur electio; ſed hoc intereſt quod in legato alternativo utrumque eſt in obligatione, in prædicto verò legato ſolus ſtichus eſt in obligatione, & Pamphilus in conditione. Latè de de verbis enunciativis agit Barthol. in *d. l. 16. de donat.* ex quibus omnibus jam conſtat ratio ob quam Pap. in *d. §. ult.* ſcripſit falſam demonſtrationem legatum non facere; ſolus ille reſtat ſcrupulus: videbatur dicendum in illa ſpecie demonſtrationem illam fuiſſe neceſſariam, & ejus falſitatem debuiſſe reddere inutile legatum; nam cum Titio nihil fuiſſet legatum, & Sejo fuerit relicta quantitas, ex eâ quæ Sejo data fuerat, nulla apparet quantitas quæ poſſit dici ei legata argumento textus in *d. l. 19. de hæred. inſt.* quæ pro ejus explicatione dixi *ſuperiori capite num.* 49. Sed reſpondeo in præſenti nullam dari incertitudinem, & licet vera eſſet demonſtratio, quantitas non erat redigenda ex eâ, quæ Titio data fuit, cum nullo certo loco eſſet circumſcripta; at verò in *d. l. 19.* omnimodè datur incertitudo ex neceſſariæ illius demonſtrationis falſitate.

8 Ulteriùs ſciendum eſt quandoque demonſtrationem non ſolùm falſam, ſed & veram infirmare legatum, veluti ſi contumelioſâ, & turpi demonſtratione perſona legatarii denotetur, expreſſus textus in *l. quoties 9. §. ſi quis nomen* 8. *de hæred. inſt.* nam cum finis legati ſit beneficio & honore afficere legatarium *l. 3. §. 2. de legat. præſtand. l. qui tutelam 28. ff. de teſtatoria tutelâ l. 36. de excuſat. tutor. cum ſimilibus*, nihil poteſt eſſe tam contrarium ipſi legatò, quàm legatarii opprobrium indecens, & injuria. Unde è converſo exhæredatio, quæ filii exhæredati injuriam continere dicitur *l. filius 22. de inoff. teſtam.* valida eſt, etſi contumelioſâ demonſtratione filii perſona exhæredati denotetur *l. etſi pepercerit 3. in princip. de liber. & poſthum.* licet aliquando admittatur probatio filii *l. 1. §. idem 9. de carb. edicto.* Nec obſtat textus in *l. cum quis decedens 37. §. Sejam. 2. de leg. 3.* ubi fidei-commiſſum ita relictum proponitur: *Mævio liberto de me nihil merito dari volo*; nam id ad rem non pertinet; illa verba non continent convitium aut injuriam in libertum, ſed potiùs indicium propriæ teſtatoris voluntatis & beneficentiæ, qui etiam in libertum, quem nihil de ſe meritum affirmabat, fidei-commiſſi tamen beneficio afficere non dubitabat. Nec etiam obſtat textus in *l. Divi 13. de adim. legat.* ibi enim non fuit libertus in datione legati contumelioſo ſigno demonſtratus, ſed cum ei eſſet legatum relictum, creditur ademptum ex conjecturatâ voluntate teſtatoris, qui in poſtremâ ſcripturâ aliquâ ratione motus peſſimum libertum appellavit, docet Coſta *lib. 1. ſelect. cap. 3. num.* 1. Difficilior eſt textus in *l. his verbis 48. §. illa inſtitutio 1. de hered. inſt.* ubi ait Marcianus illam inſtitutionem valere: *filius meus impiiſſimus malè de me meritus hæres eſto*, quia purè hæres inſtituitur cum maledicto, & concludit aſſerens omnes hujuſmodi inſtitutiones utiles eſſe: ergo demonſtratio contumelioſa non irritat inſtitutionem, vel legatum. Omiſſis variis interpretum ſolutionibus, dicendum eſt diſcrimen conſtituendum eſſe inter caſum quo contumelioſa demonſtratio adjicitur perſonæ jam ſatis demonſtratæ, & caſum quo apponitur perſonæ aliàs non deſignatæ, demonſtrandæ causâ. 1o. caſu nec vitiatur inſtitutio, nec legatum, ſed turpis illa demonſtratio, vel contumelioſa rejicitur, & pro non ſcriptâ habetur, quâ rejectâ remanet valida diſpoſitio, cum adhuc de perſonâ aliunde conſtet, quo caſu loquitur textus in *d. l. 48. §. 1.* ut patet ex ipsâ formulâ inſtitutionis. 2°. verò caſu nec valet inſtitutio, nec legatum, quia rejectâ demonſtratione contumelioſâ non conſtat aliundè de perſonâ hæredis aut legatarii, quo caſu loquitur textus in *d. l. 9. §. 8. de hared. inſt.* & intelligenda eſt regula ex eâ deſumpta. Docent Cumanus & Socin. in *d. l. 3. de liber. & poſthum.* Donell. *lib. 6. commens. cap.* 19. ubi Oſſualdus *litt. A. B. & C.* Coſta *ubi ſupra.* Nec tunc obſtat textus in *l. turpia 54. in princip. l. ſi quis inquilinos 112. §. ſi quis ſcripſerit 3. in fin. de legat.* 1. ubi generaliter docemur turpia legata, quæ denotandi legatarii gratiâ ſcribuntur, odio ſcribentis pro non ſcriptis haberi. Sed reſpondeo hos textus non loqui de turpi demonſtratione adjectâ legato, ſed de turpi legato aut diſpoſitione, ſcilicet quando ipſimet rei legatæ ineſt turpitudo & contumelia; veluti ſi viro puerilia aut muliebria ornamenta, aut veſtimenta legentur, argumento textus in *l. veſtis 23. §. 2. verſ. puerilia, & verſ. muliebria de auro & arg. legat.* quo caſu legatum pro non ſcripto habetur, quia non poteſt manere, quin ſimul turpitudo ipſa, & nota legatarii permaneat, docet ex aliis Valentia *lib. 3. illuſtr. tract. 5. cap. 2. num. 8. per tot.*

Itaque quoties demonſtratio eſt neceſſaria, ſi 9
contumelioſa eſt, vitiat legatum; quando verò ſupervacua eſt, licet turpis ſit, legatum non irritat ex dictis juribus. Ex quo conſtat tunc demùm demonſtrationem eſſe neceſſariam, cum aliunde non conſtat de perſonâ legatarii, fortè quia non eſt expreſſum nomen; inde deſcendit expoſitio textus in *l. nemo 58. §. 1. de hæred. inſt.* ubi docet Paulus, quod qui frater non eſt, ſi

fraterna charitate diligatur, rectè cum nomine ſuo ſub appellatione fratris hæres inſtituitur: exigit ergo ut nomen proprium exprimatur, quia cum demonſtratio falſa ſit, ut teneat inſtitutio, requiritur aliunde conſtare de perſona hæredis, ſcilicet ex proprio ejus nomine. Unde colligitur qualem demonſtrationem eſſe neceſſariam, ſi nec ex nomine aliunde conſtet de perſona & re legatâ, & per conſequens ejus falſitatem irritare legatum. Verùm ex *d. l.* 58. §. 1. ſic graviter videtur poſſe argui: etiamſi proprium nomen ſit expreſſum, tamen ut conſtet inſtitutio, requiritur non omninò falſam eſſe demonſtrationem: nam ut rectè inſtituatur ſub appellatione fratris is qui frater non eſt, adhuc expreſſo nomine requiritur, quòd fraterna charitate diligatur: ergo ſi fraterna charitate non diligatur, ſuperfluæ demonſtrationis falſitas inutilem reddit inſtitutionem. Sed reſpondeo, quòd licet in ea ſpecie hæres inſtitutus non diligeretur ut frater, tamen inſtitutio conſiſteret, nec ideo exigit conſultus, ut ea affectione diligatur, ut valeat inſtitutio, ſed ut poſſit elidere replicatione exceptionem, quam ei poſſent cohæredes, vel venientes ab inteſtato objicere: poſſit enim dicere teſtatorem eum inſtituiſſe, ut fratrem errore lapſum, nec aliàs fuiſſe inſtituturum; proinde ad eum hæreditatem non ſpectare: nam defectus cauſæ finalis irritat inſtitutionem ope exceptionis, ut poſteà dicemus: hujus exceptionis jus poteſt ipſe ea replicatione reſolvere, quod ſcilicet teſtator eum inſtituerit ſub appellatione fratris, non quòd eum fratrem ſuum eſſe putaret, ſed quòd ipſum fraterna charitate diligeret; quod idem evenit quandocumque ex demonſtratione indicatur cauſa finalis legati, vel inſtitutionis, ut mox pleniùs conſtabit. & hæc de hoc capite & integro de falſis demonſtrationibus tractatu.

CAPUT III.

De falſis cauſis inſtitutionibus Legatis, & Fideicommiſſis adjectis.

1 QUæ huc uſque diximus de falſis demonſtrationibus, longè magis obtinent in falſa cauſa, quæ diſpoſitioni adjecta non nocet *l. demonſtratis* 17. §. *quod autem* 2. *l. cum tale* 72. §. *falſam cauſam* 6. *de cond. & dem.* §. *longè magis* 31. *inſt. de legat.* nam demonſtratio, licet ſit ſupervacua, quodam modo ſaltem quoad verba cum legato cohæret, cum adhibeatur ad perſonam legatarii & rem legatam deſignandam: cauſa verò legandi à legato ſeparata eſt; quia nihil eſt aliud quàm ratio aut occaſio impellens ad legandum, & ſine ulla cauſa legari poteſt & ſolet; quod ſenſit Papinius in *d. l.* 72. §. 6. dum ſcripſit ideo falſam cauſam legato non obeſſe, quia ratio legandi legato non cohæret, cujus rei ea apponuntur exempla, veluti ſi quis ita legaverit: *Titio, quia me abſente negotia mea curavit, Stichum do, lego*; vel ita: *quia patrocinio ejus capitali crimine liberatus ſum, Stichum do, lego*; licet enim nec negotia teſtatoris unquam geſſerit Titius, nec patrocinio ejus liberatus ſit, utile eſt legatum. In quibus omnibus notandum eſt cauſam in præteritum conferri ex regulâ textûs in *l. ſi ita legatum* 12. *de C. & D.* cum enim ſit impulſiva, debet præcedere actum ipſum legandi. Sed, dicet aliquis, legatum præcisè exigit cauſam impulſivam, cum ſemper propter affectionem teſtatoris motam & provocatam ex legatarii meritis proveniat *l. nec adjecit* 9. *pro ſocio.* Unde ex defectu cauſæ impulſivæ legandi inutile olim fuit legatum incertis perſonis relictum §. *incertis* 25. *inſt. de legat. cum ſimilibus*: ergo falſitas cauſæ impulſivæ legandi inutile debet reddere legatum. Reſpondetur tamen verum eſſe legatum exigere cauſam impulſivam, ſed non exigi poſitivum meritum legatarii, ſed non demeritum tantùm argum. textus in *l. ſervos* 20. *l. teſtamento* 51. *in princip. &* §. 1. *de man. teſtam.* quâ ratione legatum incertis perſonis olim relinqui utiliter non potuit, quia crediderunt veteres ex parte ejus perſonæ quam incerta opinione animo ſuo teſtator ſubjiciebat, nec poſitivum meritum, nec non demeritum poſſe conſiderari, quod teſtatoris affectionem provocaſſet; at verò cum teſtator cauſam exprimit in teſtamento, ſi cauſa vera eſt, datur meritum poſitivum, ſi falſa, deficiente merito poſitivo, ſupereſt non demeritum, quod ſolum eſt ſufficiens cauſa impulſiva legati: itaque meritum poſitivum ſupervacuò adjectum à teſtatore creditur.

Nec in ultimis ſolùm voluntatibus, ſed & in actibus inter vivos hoc jus obſervatur, ut expreſsè conſtat ex *l. domus* 52. *l. in ſummâ* 65. §. *id quoque de conditione indebiti.* Ubi id quod datur ob cauſam præteritam repeti non poteſt, etſi cauſa falſa ſit, ſi modo fuerit voluntaria, id eſt, quæ ſi vera eſſet, neceſſitate non obſtringeret; tunc enim ſcire debuit is qui dedit, ſe ad aliquid præſtandum non teneri; quare donare videtur, quod nullo jure cogente concedit, ex regulâ textûs in *l. donari* 82. *de reg. jur. l. campanus* 47. *de oper. liber.* cui accedit quod cauſa adjicitur confirmandæ donationis gratia non infringenda; inducta verò ad unum effectum, non debet ejus contrarium operari *l. legata* 19. *de leg.* 1. *l. legata* 14. *de adim. l garis*, ut rectè ratiocinatur Donell. *lib.* 14. *comm. cap.* 1. ad hanc partem pertinere textum in *l. ſi divortio* 21. *de verb. obl.* exiſtimarunt Duaren. & Donell. in ejus explicatione; ſeries hæc eſt: Divortio facto, mulier quæ nihil in dote habebat à marito, centum dotis nomine fuit ſtipulata, aut ea quæ centum duntaxat in dote habebat, ducenta dotis nomine fuit ſtipulata. Reſpondet conſultus quòd ſi ducenta ſtipuletur quæ centum habet, centum in ſtipulationem veniunt; alia autem centum actione de dote debentur; ex quo infert, quòd etiamſi nihil ſit in dote, centum tamen veniunt in ſtipulationem, ſicut utile eſt legatum cum filiæ vel matri, vel ſorori, vel alii cuilibet dotis nomine legatur. Cujacius credidit huic ſtipulationi falſam demonſtrationem ineſſe, quæ ſicut non vitiat legatum, ſic nec irritat contractum ſtipulationis; quæ doctrina licet veriſſima ſit, non tamen ex hoc textu probatur. Donell. & Duaren. contendunt illi ſtipulationi falſam cauſam adjectam fuiſſe quæ nulli diſpoſitioni obeſt, quod ex eo probant; nam quid eſt aliud promittere nomine dotis, quam promittere ob cauſam acceptæ dotis, veluti quantitas promiſſa ſit dotis *l. qui ſe debere* 7. *l. quod ſervus* 8. *de condit. cauſa datâ*, ubi pecuniam dare dotis nomine, eſt dare ut ſit dötis loco, ſive ut in dotem convertatur; ſolùm verò inter eam pecuniam quæ marito futuro da- 2

tur dotis nomine, & eam quam maritus ipſe promittit uxori dotis nomine, hoc intereſt, quòd illa datur nomine dotis futuræ, hæc verò promittitur nomine dotis præteritæ & jam acceptæ. Deinde maritus cum promittit dotis nomine, hac adjectione, non quid, ſed cur promittat, oſtendit. Ergo ſtipulatio illa non demonſtrationem, ſed cauſam continet, ex cujus falſitate non redditur inutilis. Nec tunc obſtat quod Ulpianus ſcribit in *l. 2. §. circa 3. de doli mali & metus exceptione*, ſemper doli mali exceptionem obſtare ei qui ſine cauſa ſit ſtipulatus; nam dicendum eſt, eſſe quidem hanc ſtipulationem ſine ea cauſa quæ adjecta fuit, ſed non ideo eſſe ſine cauſa; illa enim priori detracta, ſupereſt donationis cauſa, ob quam is promittit, qui ob falſam cauſam promittit.

3 Fateor veriſſimam eſſe ſententiam quæ tenet falſam cauſam ſtipulationem non vitiare; nego tamen eam probari ex *d. l.* 21. ſi enim in ejus ſerie ſtipulatio facta fuiſſet ob cauſam; ex ejus falſitate foret inutilis, vel ſtatim redderetur inutilis per exceptionem doli; quod ſic convinco: qui promiſit ob cauſam, quæ ſi vera eſſet, neceſſitati præſtationis adſtringeret, ſi falſa ſit, poteſt ſtipulantem doli mali exceptione ſubmovere, vel ſi voluit, poteſt repetere. Sed cauſa acceptæ dotis neceſſaria eſt, cum maritus divortio facto dotis reſtitutioni ſit obnoxius: ergo ſi ſtipulatio ob cauſam acceptæ dotis fuiſſet interpoſita, poſſet maritus qui nullam dotem accepit, vel qui plus promiſit quàm accepit, exceptione doli uxorem repellere, ut in terminis conſtat ex *l. penult. §. mulier 4. ſoluto matrimonio*. ubi ſi maritus per errorem plus promiſerit, quàm in dotem acceperit, non tamen plus debet, quàm quanta dos fuiſſet. Nec dici poteſt maritum ſcientem in *d. l.* 21. promiſiſſe; nam quiſquis promittit, infertur ſtipulationi ineſſe quidem cauſam non præteritam, ſed futuram; quod ut explicetur, ſciendum eſt promiſſionem dotis tacitam conditionem ex re ipſa continere, ſi nuptiæ ſequantur *l. 4. §. hujus rei 2. de pactis. l. ſtipulationem 21. l. promittendo 41. de jur. dot.* à quocumque promittatur; unde mulier quæ divortio bona gratia facto centum dotis nomine fuit ſtipulata ab eo qui maritus fuir, non ante poteſt actionem movere, quàm alii jure nubat; nam fuit ſtipulatio interpoſita ob cauſam futuræ dotis, ur faciliùs alium virum inveniret: & ob id dicit conſultus, quòd ſi maritus qui centum accepit, ducenta promiſerit, centum veniunt in ſtipulationem, & alia centum actione de dote debentur, quia actio de dote quamvis dilationem legis haberet, pura eſt, cum ſtipulatio ſit conditionalis; denique hoc ita conſultum ſenſiſſe arguit legati comparatio; at enim utilem eſſe ſtipulationem proinde ac utile eſt legatum, cum filiæ vel matri, vel ſorori, vel alii cuilibet dotis nomine legatur; quo caſu nemo dicet legatum relinqui ob cauſam acceptæ dotis, ſed futuræ; itaque eſt conditionale: ergo ut teneat æquiparatio, idem de ſtipulatione cenſendum eſt, docet ſubtiliter Coſta *lib. 2. ſelectar. cap.* 21. Nec aliud probant textus in *l. Titio centum 71. §. Titio genero 3. verſ. ante nuptias de cond. & dem. l. ſervo 69. §. ſi teſtator 2. in fin. de legat. 1. l. tale 48. §. 1. de jur. dot.* in quibus legatum dotis nomine relictum non conditionale, ſed modale, & legatarius illud exigit præſtita cautione; nam procedunt in caſu ſpeciali, quando ſcilicet poſt contracta ſponſalia genero legatum dotis nomine relinquitur, quo caſu creditur teſtator uon conditionem, ſed modum unicè adjicere voluiſſe legato, ut ex quibuſdam antiquioribus docet Coſta *d. lib. 2. ſelect. cap. 72. num. 6.* Nec magis urget textus in *l. qui filium* 4. ubi pupillus educari debeat; ibi enim legatum dotis nomine relictum ante nuptias ſolutum fuit ultrò ab hærede, non quia jure ad ejus præſtationem poſſet urgeri.

4 Ex quibus conſtat textum in *d. l.* 21. non pertinere ad præſentem inſpectionem, cum loquatur de ſtipulatione ob futuram cauſam conceptâ; noſtra verò regula ſit de legato ob præteritam cauſam relicto, quod non everti per ejus falſitatem aſſerimus; jam ad exceptiones deveniamus. Accidit aliquando ut licet legatum utile ſit adhuc exiſtente falſa cauſa, ope tamen exceptionis infirmetur, veluti ſi hæres probet teſtatorem legaturum non fuiſſe, ſi cauſam quam adjecit veram non eſſe ſciviſſet; tunc poteſt petentem legatarium doli mali exceptione ſubmovere, ut expreſsè docet Pap. in *d. l. 72. §. 6. in fin. de cond. & dem.* & conſtat ex *l. 1. C. hoc tit.* nec ea res eſt probatu difficilis; nam ex eo poteſt probari, quod teſtator apud amicos dixerit ſe, ſi Titius negotia ſua non curaſſet, nihil habere cur ei quidquid relinqueret, vel ſe facere non potuiſſe quin egregium officium ſibi à Titio præſtitum legato aliquo remuneraretur: generaliter ergo quotieſcumque probari poteſt tanquam pro compenſatione accepti beneficii legatum relictum eſſe, ſi falſa ſit cauſa, repellitur legatarius per exceptionem doli quæ omnibus obſtat, qui non ex voluntate defuncti aliquid petunt *l. 3. §. ult. de adim. legat. l. apud Celſum 4. §. præterea 10. de doli mali & metûs exceptione*, quæ doctrina procedit, etiam cum demonſtratio injicit legato cauſam; ſi enim hæres probaverit, non aliàs teſtatorem fuiſſe legaturum, poteſt legatario opponere doli exceptionem. Huc pertinent textus in *l. ſi pater tuus 4. l. nec apud peregrinos 7. C. de hæred. inſt. l. nec profeſſio 5. C. de teſtamentis*, in quibus ſi demonſtratio neceſſitudinis cauſam continet, & poſteà hujus opinionis error detegitur, veluti ſi is quem teſtator hæredem inſtituit, ut naturalem & legitimum filium, non ſit filius, aut ſi ille quem fratrem nominavit, frater non ſit, inutilis inſtitutio redditur, ſi probetur quòd teſtator aliàs eum hæredem inſtituturus non eſſet. Nec tunc obſtat textus in *d. l. 5. ſi falſa 33. in princip. de C. & D.* ubi generaliter docetur falſam demonſtrationem etiam neceſſitudinis cauſam continentem non nocere legato fidei-commiſſo, aut hæredis inſtitutioni, velut ſi fratrem dixerit, aut ſororem vel nepotem, vel quodlibet aliud; nam hæc regula tunc demùm procedit, cum teſtator ſciebat legatarium, aut hæredem, filium aut fratrem non eſſe, & cum talem appellavit, forſan paterno vel fraterno amore illum proſequeretur, ut in *d. l. 58. §. 1. de hæred. inſt.* ut ex antiquioribus docet Gilkenius in *d. l. 4. C. de hæred. inſt. num. 7.* Vel etiam licet erraſſet, ſi tamen aliunde colligatur eum legatum fuiſſe relicturum, vel hæreditatem, etſi ſciviſſet cauſæ falſitatem; prædicti verò textus hujus regulæ continent exceptionem. Nec obſtant etiam textus in *l. ſi pater-familias 40. cum l. ſeq. de hæred. inſt. l. cum proponas 3. 5. eod. tit. §. fin. inſt. de vulg. ſubſt.* ubi error circa perſo-

nam hæredis non vitiat inſtitutionem, veluti ſi teſtator eum libertum ſuum exiſtimavit, vel patrem-familias, eum revera ſervus eſſet; nam is error non vertitur circa cauſam finalem reſtitutionis, ut advertit Gilkenius in *d. l. 3. num.* 12. Nec his juribus obſtat textus in *d. l. 34. §. ſed ſi cui 2. de C. & D.* ubi enim legatum libertis relictum proponitur, quaſi eis tantùm debetur qui in eadem cauſa manent, licet ei quoque debeatur, qui à nullo donatus eſt, quia ejus honor ſolùm augetur, non conditio mutatur; quod idem procedit, ſi probetur teſtatorem aliàs non fuiſſe relicturum legatum: textus ſic intelligendus in *l. 1. C. de ingenuis manumiſſis.*

5 Sed opponi poteſt textus in *l. 1. §. Pomponius* 8. *de Carb. edicto*, ubi ſi filius impubes hæres vel exhæres ſcriptus ſit, quamvis filius eſſe negetur, ceſſat edictum Carboniorum; quoniam vel quaſi ſcriptus habet bonorum poſſeſſionem, etiamſi filius non ſit, vel repellitur, quaſi exhæredatus, etſi filius eſſe videatur; cujus doctrinæ ea ſubjicitur exceptio, niſi fortè poſthumus eſt hæres inſtitutus, & natus negetur eſſe filius, & ſuppoſitus dicatur; quo caſu ei interim datur Carboniana bonorum poſſeſſio ejus partis ex qua inſtitutus eſt, ut tantùm id præ habeatur poſthumo defuncti, & quæſtio differatur in tempus pubertatis; tunc ſic: en ubi teſtator ut filium inſtituit eum qui filius non erat, & tamen utilis eſt inſtitutio: ergo falſitas demonſtrationis neceſſitudinis cauſam continentis non reddit inutilem reſtitutionem. Reſponderi poteſt cum Gilkenio in *d. l. 5. C. de teſtamentis num.* 5. quòd in *d.* §. 8. intelligendum eſt, ita demum dari bonorum poſſeſſionem ſecundùm tabulas hæredi ſcripto, etiamſi filius non ſit, ſi ſit jam in quaſi poſſeſſione hujus juris, & pro tali inſtitutus ſit; verùm hoc non prohibet quominus propinqui ipſius defuncti poſſint inſtituto hæredi quæſtionem ſtatûs movere, & ita hæreditatem avocare, *l. quidam 15. de probationibus*: vel etiam poteſt reſponderi ex doctrina Cujacii in recitatione ad *d.* §. 8. *& ad tit. C. de hered. inſt.* prædictum textum intelligendum eſſe, ita ut conſiſtat inſtitutio, niſi probatur teſtatorem non aliàs eum quem filium ſuum exiſtimabat, hæredem fuiſſe inſtituturum, quàm ſi verè filius eſſet, idque ſibi velle conſultum, ſubjuncta ſuadet exceptio; ait enim quòd ſi poſthumus ſit hæres inſtitutus, & natus dicatur ſuppoſitus, interim non ſecundùm tabulas, ſed Carboniana bonorum poſſeſſio ei competit; nam ſi filius non ſit, non poteſt admitti ad hæreditatem, cum teſtator eum non aliàs eſſet inſtituturus; quod idem dicendum erit, ſi filius natus, hæres ſcriptus, negatur eſſe filius, & probetur non aliàs fuiſſe eum inſtitututum. Idemque cenſendum eſt de legatis aut fidei-commiſſis relictis ei qui filius credebatur; nam ſi impubes negetur eſſe filius, quæſtio ſtatûs in tempus pubertatis differtur non quidem ex edicto Carboniano, quia non agitur de ſucceſſione, ſed ex reſcripto Divi Pii; & ſi probetur non aliàs teſtatorem fuiſſe legatum relicturum, quàm ſi revera filius eſſet, inutile redditur legatum; textus ſic intelligendus in *l. 3. §. de Carb. edicto.* Quin imò & in exhæredatione filii facta cum elogio, id eſt expreſſa cauſa, idem obſervatur, nam ſi probetur falſam eſſe cauſam, inutilis eſt exhæredatio *l. ſi poſthumi 14. §. ult. cum l. ſeq. de liber. & poſth. l. 1. §. idem ait 9. & §. ſi quis filium 10. de Carb. edicto*, quia ex patris affectione creditur non aliàs filium fuiſſe exhæredaturum, quàm ſi vera eſſet cauſa teſtamento expreſſa, ut notant D. D. in dictis juribus.

Illud hic quæritur per exceſſum, cui applicanda eſt hæreditas his caſibus quibus diximus reddi inutilem inſtitutionem, ex falſitate demonſtrationis continentis cauſam neceſſitudinis, an fiſco, an verò venientibus ab inteſtato? & quidem dicendum eſt cum omnibus ferè interpretibus, hæredes ab inteſtato admittendos eſſe; nec enim is qui hæres inſtitutus eſt repellitur ab hæreditate ex eo quod indignus ſit, ſed ex defectu voluntatis teſtatoris, & cauſæ finalis falſitate; licet enim Papinius in *d. l. cum quidam 12. de his quæ ut indigni auferuntur*, indignos eſſe dixerit eos hæredes qui non habent ſupremam voluntatem defuncti, & ab eis fiſcum hæreditatem auferre: tamen juxta ſubjectam materiam eſt accipiendus, cum ſcilicet odio eorum qui in priori teſtamento ſcripti fuerunt, poſterius teſtamentum non jure fecit, in quo incapaces hæredes inſtituit; quo caſu non tam mutatio voluntatis, quàm odium teſtatoris hæredes in 1°. teſtamento ſcriptos reddit indignos, ut ibidem notat Cujacius *lib. 16. quæſt. Pap.* Unde cum ſolus voluntatis defectus hæredem non reddat indignum, evincitur hæreditatem ad venientes ab inteſtato ſpectare; verùm contrarium probari videtur ex *l. aufertur 46. in princip. de jure fiſci.* ubi docetur auferri ſucceſſionem ut indigo, ei qui cum hæres inſtitutus eſſet ut filius, poſt mortem ejus qui pater dicebatur, ſuppoſitus declaratus eſt, Gloſſa & Barth. in *d. l.* 46. Angel. & Goffred. in *d. l. 4. C. de hered. inſt.* exiſtimant textum in *d. l.* 46. eo caſu accipiendum eſſe, quo nullus hæres ab inteſtato exiſtat, ita ut hæreditas fiſco adjudicetur ut vacans, non alio jure. Sed ſolutio hæc ex ipſo textu convincitur, qui ait auferri ſucceſſionem hæredi tanquam indigno. Cujacius in *dict. legib.* & Fulg. quos ſequitur Gilkenius in *d. l. 4. num.* 11. rectiſſimè reſpondent regulariter verum eſſe in ſupradictis caſibus fiſcum non poſſe auferre hæreditatem; *dict.* verò *l.* 46. hujus regulæ exceptionem contineri, cum ſcilicet filius ſuppoſitus eſt; ſuppoſititii enim ſucceſſione reputantur indigni; quæ indignitas à ſcelere & turpitudine originem ſumit, non quidem hæredis inſtitutis, ſed alterius; quod ſufficit ut fiſcus auferat hæreditatem, ſicut & aufert ei qui hæres inſtitutus eſt à teſtatore ab altero per vim coacto, nam regula quæ tenet alterius factum alteri non nocere *l. 2. §. 1. ſi quis aliquem teſtari prohibuerit*, exaudienda eſt, eum hæres ſcriptus habet ſupremam voluntatem defuncti *l. 1. §. 1. d. l. ſi quis aliquem &c. l. unicà, quibus non competit bonorum poſſeſſio.* Docet Cujacius *lib. 44. Pauli ad edictum in d. l. 2. ſi quis aliquem &c.* 6

Pertinet ad eamdem juris partem vulgaris textus in *l. pactum ejus ult. de hæred. inſt.* cujus hæc eſt ſpecies: teſtator hæredem inſtituit Pactumejam magnam filiam Pactumeji magni, eique patrem ejus ſubſtituit: cum pactumejus ſubſtitutus eſſet occiſus, & rumore percrebuiſſet filiam quoque hæredem inſtitutam interfectam fuiſſe, mutavit teſtamentum, & aliud confert, in quo Nonium Rufum hæredem ſcripſit cum hac præfatione: *quia hæredes quos volui habere mihi continere non potui, Nonius Rufus hæres eſto.* Pactumejus contendens teſtamentum per ſecundum rup- 7

Digitized by Google

tum non eſſe, & ad hæreditatem ſe admitti debere, ſupplicavit imperatorem; videbatur dieendum primum teſtamentum per poſterius ruptum eſſe ex regula textus ìn §. *poſteriore inſt. quibus modis eeſtam. infirm. cum vulg.* nec ideò inutilem eſſe hæredis inſtitutionem factam 2º. teſtamento, quod falſa ſit cauſa teſtamento expreſſa, cum falſam cauſam nec legatu, nec inſtitutioni obeſſe huc uſque aſſertum ſit: ſed tamen pronuntiavit Imperator primum teſtamentum per poſterius ruptum oon eſſe, & proinde hæreditatem ad Pactumejam pertinere ex voluntate teſtatoris; quia cum teſtator exiſtimat bæredem inſtitutum in primo teſtamento mortuum eſſe, conſequenter exiſtimat illud teſtamentum eſſe irritum, eum ex eo hæreditas adiri non poſſit; itaque ſecundum teſtamentum non irritat falſa cauſa in eo expreſſa, ſed validitas primi ex vnluntate teſtatoris: ex quo infertur quod ſi nullum aliud teſtamentum præcederet, inſtitutus cum illa præfatione qua teſtator dieeret, ideò ſe eum hæredem inſtituere, qoia putabat alium eſſe mortuum, quem aliàs eſſet inſtiturus, obtineret hæreditatem, non obſtante falſa cauſa; quoniam hæe voluntas non ſufficit ad inducendara inſtitutionem ejus quem teſtator mnrtuum credebat; tum quia ex verbis enunciativis non inducitur hæredis inſtitutio, ot dixi *ſuprà cap. 2. num. 6. & 7.* tum etiam quia nec teſtator vnluit eum hæredem inſtituere, quem deeeſſiſſe putavit, argumento textus in *l. ſi quis ita 16. §. ſi quis eum ignoret 3. de teſtatoriâ tutelâ.* tandem quia non inſtituit; nam etſi quis aſſerat ſe aliquem inſtituturum, nnn poteſt illi aliquod jus competere ex hujuſmodi aſſertione *l. fin. qui teſtam. fac. pon.* ergo hæreditas debet pertinere ad eum quem teſtator inſtituit, non ad eum quem eſſet inſtituturus.

8 Unde cum in ſerie textûs in *d. l. fin. de hæred. inſt.* primum teſtamentum per poſterius ruptum non ſit, hæreditas pertinet ad Pactumejam, quæ legata ·n eo relicta præſtare cogitur, & tenetur etiam ſulvere poſterioti teſtamento relicta; non quia ex ſecundo teſtamento ſuecedat; ſed quia falſa eauſa ſolùm intercesſit circa inſtitutionem, non circa legata, & poſterius teſtamentum gerit vicem codicillorum, & in eo contenta debentur tanquam relicta io codicillis: licet enim implieet valere utrumque teſtamentum, non tamen implicat poſterius, quoad legata, ut codicillos valere. Nee tunc obſtant illa textus verba: *perinde atque ſi in poſterioribus tabulis ipſa fuiſſet hæres ſcripta*; nam hæc ſimilitudo intelligenda eſt quoad effectum, non quoad modum; nam cum procedat teſtamentum, etſi codicilli ſint ejus acceſſorii, hæres in effectu tenetur præſtare in illis relicta, perinde ae ſi in illis inſtitutus eſſet: ſi vetò Pactumeja probabilibus conjecturis oſtenderet teſtatorem ea legata non fuiſſe relicturum, ſi ſciret eam vivere, ſolùm tenebitur præſtare relicta priori teſtamento, & legatarios petentes ex poſteriore potetit doli mali exceptione ſubmovere juxta tradita; ſic difficilem hune textum explicuit doctè & latè noſter Piehardus exploſis plurium erroribus, in *d. §. poſteriori quibus modis teſtam. infirm. ex num. 12. uſque ad num. 50.* Ex qoibus refellendus eſt etiam Anton. Faber qui *de error. pragm. decad. 39. error. 5. ex num. 24.* exiſtimabat jus illud non ex ratione, ſed imperatoria indulgentia emanaſſe. Similis eſt ſententia textus in *l. ult. de teſtat. tutela.* ubi is qui teſtamento tutores dederat, eodieillis alios ideò ſe dare ſignificavit, quoniam teſtamento datos quoſdam defunctos, aut exeuſationem habere poſſe comperiſſet; quærit Scævola, an qui eorum viverent, nec exeuſati eſſent, tutores permaneant; & reſpondet permanere ex eo quod cum cauſa finalis codicillis expreſſa falſa ſit, nec teſtator animum habuerit priores tutores revocandi, dati in eodicillis tutores eſſe nequeunt, ex ipſius teſtatoris voluntate; nam etſi nihil prohibeat & in teſtamento & io eodicillis tutores datos ſimul concurrere *l. 2. C. de teſtat. tutel.* tamen in propoſitn caſu id dici non poteſt; cum ex ea ratione quæ teſtatorem movit, ot poſteriores in eodicillis tutores daret, appareat noluiſſe illum eos concurrere eum illis quos teſtamento dederat, ut eleganter ratiocinatur Anton. Faber in Juriſprud. Pap. *tit. 13. de tutelis. pr. 1. illatione 56.* Ex quo infertur, quòd ſi nulli alii eſſent tutores dati, tutores nmninò eſſent illi qui codicillis dati fuerint cum illa præfatione, quia falſa eauſa tutelæ non obeſt, ſicut nec alii cuilibet diſpoſiòoni, argumento ejus quod diximus *numero præcedenti.*

Deinde quæ diximus pro horum jurium illuſ- 9
tratione, evidenter probantur ex textu in *l. ſi inſtituta 27. §. ult. de inoff. teſtam.* ubi mater quæ exiſtimabat filium deceſſiſſe, alium hæredem inſtituit; & reſpondet Ulpianus filium poſſe maternum teſtamentum per inofficioſi querelam evertere: ſupponit itaque teſtamentum valere; querela enim competit contra hæredem teſtamento ſeriptum, poſtquam adivit hæreditatem, non antea, *l. Pap. §. ſi conditioni 10. de inoff. teſt.* quia ante aditam hæreditatem non confirmatur exhæredatio *l. filium 20. de bonor poſſeſſ. contra tabulas.* Conſtat verò ex teſtamento ſolum validè hæreditatem deferri, & adiri poſſe, & tamen eonſtat falſam cauſam ineſſe inſtitutioni, ideo enim mater alium hæredem ſcripſit, quia exiſtimabat filium mortuum eſſe: ergo falſa illa cauſa non irritat inſtitutionem: ſanè ſi mater aliud teſtamentum priùs condidiſſet, in quo filium hæredem ſcripſiſſet, licet poſteriori teſtamento alium hæredem adjecta illa falſa cauſa ſcriberet, tamen filii inſtitutio conſiſteret, nec teſtamentum prius rumperetur ex *d. l. fin. de hæred. inſt.* Unde ideò eonſiſtit teſtamentum in *d. l. 27. §. ult.* quia nullum aliud præceſſerat, quo filius eſſet ſcriptus. Secundùm quæ intelligendus eſt textus in *l. cum mater 25. de inoffic. teſt.* ubi mater quæ filium militem falſo audierat deceſſiſſe, teſtamento alios hæredes ſcripſit, & ait Paulus Divum Adrianum decreviſſe hæreditatem ad filium pertinere, ita ut libertates & legata præſtentur. Supponendum eſt filiom ad hæreditatem admitti per inofficioſi querelam, ut in §. *ult. legis præcedentis*; nec ad id opus fuiſſe Adriani decreto, ſed ad illud ſcilicet, ut reſciſſo per querelam teſtamento præſtarentur legata & libertates: licet enim cum inofficioſum teſtamentum arguitur, omnia in eo contenta reſcindantur in pœnam injuſtæ exhæredationis, ut ait in præſenti Paulus, tamen in propoſito caſu ex benignitate putavit Adrianus huic pœnæ locum eſſe non debere, quia mater probabili errore decepta filium, quem non ſupereſſe putavit, prætereundo non deliquit, nec poteſt ejus factum argui, quaſi receſſerit ab officio pietatis; nulla ergo iniquitas eſt filium præſtare ea legata quæ mater etiam ab ipſo fuiſſet relic-

Digitized by Google

tura, ſi eum inſtituiſſet, docet Oſſ. *lib. 6. comm. cap.* 13. *litt. H.* Nec id ſine exemplo inductum eſt; nam & reſciſſo teſtamento per bonorum poſſeſſionem contra tabulas ex edicto Prætoris quibuſdam perſonis legata præſtantur, ut conſtat ex *integro titulo de leg. præſt.* nec etiam Paulus in illis verbis: *hic illud adnotatum, quod de libertatibus & legatis adjicitur; nam cum inofficioſum teſtamentum arguitur, nihil ex eo teſtamento valet*, decretum reprehendit ut abſurdum, ut plures opinantur; ſed illud notat ut ſingulare quod dicitur de legatis & libertatibus; quaſi diceret quòd filius adverſùs matris judicium querelam intentat, non ex reſcripto, ſed ex jure provenit; quòd verò reſciſſo judicio legata præſtantur, non ex jure, ſed benignitate decreti reſultat; nec-non illud in decreto, ut ſingulare, notatu dignum eſt, ut optimè interpretatur Duarenus in paraphraſi ad *tit. de inoffic. teſt.*
10 *cap.* 14.

Sed Antonius Faber qui hanc etiam doctrinam tradiderat de *error. pragm.* 20. *errore* 9. ab ea deceſſit *in rationali* ad *d. l.* 27. §. *ult. & ad d. l.* 28. contendens in præfato caſu filium non poſſe inofficioſi querelam intendere adverſùs maternum teſtamentum ex eo: nam querela inofficioſi eo prætextu & colore exercetur, quaſi non ſanæ mentis eſſet qui teſtamentum ordinavit *l.* 2. *de inoffic. teſt. princip. inſt. eod. tit.* atqui mater quæ falſo rumore decepta filium præterivit, non poteſt furioſa dici, nec ſanæ mentis non fuiſſe, cum pietatis officium non neglexerit: at nimia credulitas ei potiùs ſit objicienda, quàm dementia & furor: ergo nulla eſt ratio dandæ hoc caſu querelæ contra teſtamentum matris probabili errore deceptæ. Deinde quærela ſolùm competit filio exhæredato, ſed præteritio matris ignorantis non poteſt haberi pro exhæredatione ex defectu voluntatis, ſicut nec præteritio militis ignorantis habetur pro exhæredatione *l. ſicut certi* 9. *l. ſi eum, vel in utero* 10. *C. de teſtam. milit.* §. *ſed ſi in expeditione* 6. *inſt. de exhæred. liberor.* ergo filio ab ignorante matre præterito non poteſt competere querela: itaque aſſerit filium hunc ex principali providentia habendum pro inſtituto; quia cum videret Adrianus omninò excluſum eſſe à matris ſucceſſione, quippe nec nullum poteſt dicere teſtamentum ex defectu ſuitatis *l. nulla fœmina* 13. *de ſuis & legit. hæred.* nec poſſe intendere bonorum poſſeſſionem contra tabulas ex regula textus in *l. illud* 4. §. *ad teſtamenta* 2. *de bonor. poſſ.* nec exercere querelam ex rationibus allatis, quod ſolum ſupereſt remedium filiis à matre præteritis §. *ult. inſt. de exhæred. liberor. cum vulgatis*: & aliàs iniquiſſimum eſſe immerentem filium matris privari hæreditate abſque ejus voluntate, ſtatuit ipſum pro inſtituto habendum eſſe ex tacitâ matris voluntate, quæ procul dubio filium inſtituiſſet, ſi vivere intellexiſſet, ut de ejus affectione credendum eſt, idque Adrianum decreviſſe ait liquere ex *d. l.* 28. tum quia præſtantur legata & libertates quæ ſolum ab inſtituto; tum quia textus ait hæreditatem ad filium pertinere, quod dici ſimpliciter non poſſet, ſi querela ei competeret; in querelâ enim adeſt alea judicii, & incertus eſt exitus & eventus, & in ejus ſententiæ confirmationem expendit textum in *l. ſi mater* 3. *C. de inoffic. teſt.* ubi poſthumus à matre præteritus, quæ in puerperio deceſſit, habetur pro inſtituto ex benignitate Imperatorum, & textum in *d. l. ult. de hæred. inſt.* ubi cenſetur Pactumeja haberi pro inſtituta in poſteriori teſtamento, concluditque negationem addens §. *ult. d. l.* 27.

Verùm fallitur ſubtiliſſimus vir, ut conſtat ex 11
ſupradictis: primo fundamento reſpondeo non tam matris conſilium inſpiciendum, quàm rem ipſam, licet enim mater quæ errore decepta filium præterivit, non poteſt dici ſuâ opinione attenta pietatis officium neglexiſſe, tamen re ipſa inſpecta pietatis officium neglexit, cum filium prætererit; unde cum præteritio matris tantùm faciat quantum exhæredatio patris *d.* §. *ult. inſt. de exhæred. liber.* poteſt filius intendere querelam, dicens in teſtamento pietatis officium neglectum inveniri, quo colore teſtamentum inofficioſum arguitur, non quaſi verè furioſus eſſet qui teſtamentum ordinavit, ut explicat conſultus in *d. l. 2. de inoffic. teſt.* Nec tunc obſtat 2um. fundamentum deductum ab argumento textus in *d. l.* 9. & 10. nam multùm intereſt inter præteritionem matris & præteritionem militis: præteritio matris habetur pro exhæredatione, non ex voluntate matris, ſed ex defectu ſuitatis; quæ ratio æque viget, cum ignorans filium præterit, ac cum ſciens ſilentio omittit: at præteritio militis habetur pro exhæredatione, non ex defectu ſuitatis, ſed ex ipſius voluntate, cum enim militaria teſtamenta ſint à teſtatariis legibus immunia, & filii exhæredati neceſſitas quæ tota ex teſtatariis legibus reſultat, militibus ſit remiſſa, eorum præteritio pro exhæredatione habetur, ex eorum voluntate qui alium hæredem inſtituentes apertè filium excludunt ex regulâ textus in *l. cum prætor* 12. *de judiciis*, quæ ratio ſolùm viget, cum miles ſcienter filium præterit: proinde ſi ignorans ſilentio eum omittit, nullum eſt ipſo jure teſtamentum, vel poſthumi agnitione rumpitur, niſi hoc animo fuit, ut quemcunque filium haberet, excluderet *l. qui jure militari* 7. *cum duabus ſequentibus de teſtamento militari.* Proinde nec legata præſtantur in ſerie *d. l.* 9. & 10. adhuc ex jure novo ex *authent. ex cauſa C. de libertis præteritis*, quæ non eſt accipienda de eo caſu quo teſtamentum nullum eſt ex cauſa præteritionis, ut contra plures docet Anton. Faber *de error. pragm. decade* 39. *err.* 5. & *aliis.* Oſſ. *d. lib.* 6. *cap.* 13. *litt. G.* quemadmodum nec legata debentur ex teſtamento, quando filius à patre ignorante præteritus, ab hoſtibus revertitur; elegans textus in *l.* 3. *de cond. indeb. l. uxorem* 29. *de man. teſtam.* at verò in ſpecie *d. l.* 28. legata præſtantur ex ratione *d. n.* 9. qua ſatisfit conſiderationi quam Faber deducebat ex *d. l.* 28. Nec magis urget, quod ibi dicatur hæreditatem ad filium pertinere; nam id ita intelligendum eſt, ſi vicerit in querelâ. Deinde potuit abſolutè illud dici: nam cum nulla alia præteritionis fuerit cauſa, quàm matris error & ignorantia, certa omninò eſt filii victoria contra ſcriptum hæredem.

Nec tunc obſtat textus in *d. l.* 3. *C. de inof-* 12
fic. teſtam. nam poteſt reſponderi, ibi jus ſingulare contra rationem inductum fuiſſe, quod ad conſequentias non eſt protrahendum ex regulâ textus in *l. quod verò* 14. *de legibus.* Deinde plures aliæ ibi intercedunt circumſtantiæ ob quas reſcripſerunt Imperatores filium præteritum à matre perinde habendum eſſe, ac ſi inſtitutus hæres eſſet; proponitur enim matrem non potuiſſe mutare teſtamentum, & deceſſiſſe in puerperio; deinde alios filios hæredes inſtituiſſe; quæ omnes circumſtantiæ ſuadent ſatisfaciendum eſſe

teſtamento pleniſſimè, ut doctè conſiderat Duarenus in paraphraſi *ad titulum de inofficioſo teſtamento d. cap.* 14. quibus & illud accedit quod potiùs benignitas & æquitas, quàm ſummum jus expectatur, cum inter fratres de bonis paternis diſpntatur, ut aliàs aiebat Pap. in *l. non nunquam* 8. *de collat. bonor.* quapropter olim licet filius inſtitutus ex minori parte, quam legitimâ, ſolùm poſſet intendere inofficioſi querelam, *l. P.p. n.* 8. *§. quarta* 9. *de inoff. teſtam.* tamen ſi duo filii eſſent hæredes ſcripti, tertius ex minori parte inſtitutus, noo poterat teſtamentum per inofficioſi querelam reſcindere, ſed ſolùm deſiderare, ut portio debita ſuppleretur, ut docet Julins Pacius *l.* 4. *ſent. tit.* 5. *de inofficioſi querelâ §. filius in judicio.* 6. Ex eâdem ratione in *d. l.* 3. filius præteritus licet poſſit intendere quetelam contra extraneos hæredes inſtitutos, tamen cum fratres ſcripti ſunt bæredes, babetur pro inſtituto. Docet eminenter Cujacius *l.b.* 3. *quæſt. Pap. in d. l.* 8. *de collat. bonor.* Nec etiam obſtat textus in *d. l. fin. de hæred. inſt.* qui accipiendus eſt juxtà dicta ſuprà *num.* 7. & 8. poſſet & expendi textus in *l. Titius* 25. *de liber. & poſthum.* ubi quidam ita in teſtamento dixit: *Cæteri omnes filii, filiæque meæ exhæredes ſunto*, ait Paulus omnes filios rectè exhæredatos eſſe; quærit tamen an etiam intelligatur exhæredatus filius ille quem pater putavit deceſſiſſe, & reſpondet exhæredatum non intelligi, ſed præteritum; ergo pariter præteritio matris ignorantis non debet haberi pro exhæredatione, ſed facilis eſt ſolutio; præteritio patris, licet ab ſciente facta, non habetur pro exhæredatione: ergo multò minùs quando ab ignorante fit, ideò filius non intelligitur in eâ generali exhæredatione comprehenſus, quia ipſum pater ignoravit: at præteritio matris ignorantis, vel ſcientis, indiſtinctè habetur pro exhædatione, ut præteritus filius poſſit intendere querelam.

13 Ex quibus omnibus tam longè petitis apparet falſam cauſam inſtitutionem non vitiare, niſi à venientibus ab inteſtato probetur, teſtatorem aliàs non fuiſſe hæredem inſtituturum qnem inſtituit; quo caſu ope exceptionis, inutilis redditur inſtitutio, & deſtituto teſtamento corruerent legata, & fidei-commiſſa in veriori ſententiâ juxta quam ferè omnes Axonem ſequuti exiſtimant, quod quoties hæredis inſtitutio redditur inutilis ob errorem teſtatoris, legata & fidei-commiſſa ſervantur, & præſtantur à legitimo hærede teſtatoris ab inteſtato, & ad id expreſſum reputant textum in *l. eam quam* 14. *C. de fidei-commiſſis*, in cujus ſerie contendunt teſtatorem inſtituiſſe puellam ut filiam adoptivam, eum jure non eſſet adoptata, & per conſequens inutilem fuiſſe inſtitutionem ex regulâ textus in *d. l.* 4. & 7. *C. de hæred. inſt.* cum aliis, & tamen fidei-commiſſum præſtatur à legitimis bæredibus teſtatoris; ſed longè falluntur: alia eſt enim ejus textus ſententia quæ propoſitâ ſpecie conſtat: teſtator puellam quam non jure adoptaverat, hæredem inſtituit, non ut filiam, & ſi ea ante duodecimum ætatis annum deceſſiſſet ſimpliciter, id eſt, non deſignatâ perſonâ hæredis, juſſit quibuſdam hæreditatem reſtitui; puella deceſſit ante duodecimum annum: multùm intereſt an quæſitâ vel non quæſitâ hæreditate deceſſerit; ſi enim adeptâ hæreditate deceſſit, ejus hæres univerſali fideicommiſſo obnoxius eſt; ſi verò noo aditâ hæreditate deceſſit, cum ipſa non poſſit non aditam hæreditatem ad hæredes tranſmittere ex regulâ textus in *l. unic. §. in noviſſimo* 5. *verſ. hæreditatem C. de Caduc. toll.* ex defectu ſuitatis, quia non fuit jure adoptata teſtamento deſtituto, hæres puellæ non tenetur reſtituere fidei-commiſſum: quæritur autem utrùm legitimus hæres teſtatoris ab inteſtato adſtringatur fidei-commiſſi præſtationi, & quidem videbatur dicendum non adſtringi; nam ea quæ in teſtamento relinquuntur, non valent ſi ex eo non adeatur hæreditas, & teſtamentum inutile non valet adhuc, nt codicilli, niſi nominatim caveat teſtator, ut tanquam codicilli valeant *l.* 1. *de jur. codicillor.* in propoſito verò teſtator non cavet teſtamentum ut codicillos valere; ſed tamen reſpondent Imperatores legitimos hæredes teſtatoris hæreditatem reſtituere; nam regula illa locum habet, cum ſubſtitutio eſt directa; tunc enim non aditâ hæreditate patris expirat *l.* 2. *§. quiſquis* 1. *de vulg. & pup. ſubſt.* non verò cum ſubſtitutio eſt fidei-commiſſaria, ut in præſenti. Nec obſtat quod dicitur fidei-commiſſum teſtamento relictum, eo deſtituto ab inteſtato non deberi, *l. ex eà ſcripturâ* 29. *de teſtam. d. l.* 1. *de jure codicill. cum aliis*, nam cum teſtator fidei-commiſſum reliquit, ſimpliciter non deſignatâ perſonâ ejus à quo præſtandum eſt, omnes hæredes tam legitimi quàm teſtatarii gravati cenſentur argum. textus in *l. ſi ſervitus* 23. *de ſervit. urb. præd.* & per conſequens codicillaris clauſula teſtamento ſubjecta creditur tanquam neceſſarium antecedens. Tandem in fine textus aiunt Imperatores reſcriptum locum habere, cum hæres ſcripta non fuit jure adoptata, alioquin adoptio, etſi ante immixtionem deceſſiſſet, tranſmitteret hæreditatem, & ejus hæredes eſſent obnoxii præſtationi fidei-commiſſi, ſic eleganter hunc textum explicant in commentariis Cujacius & Donellus, qui hoc modo acceptus ad noſtrum tractatum non pertinet. 14

Poterit aliquis ſic arguere: licet cauſa legandi vera ſit à principio, ſi tamen falſa ex poſtfacto eſſe cæperit, irritat legatum. Ergo multò majori ratione cauſa ab initio ſalſa debet vitiare legatum: probat. antec. ex *l. item legato* 49. *§. ſed ut legatum* 6. *de legat.* 3. ubi ſi uxori fuerit legatum aurum, quod ejus cauſâ paratum eſt, ut legatum conſiſtat, mortis tempore uxorem eſſe exigitur, & ſeparatio ſeu divortium diſſolvit legatum; tunc ſic: en ubi maritalis affectio fuit cauſa impulſiva legandi, eâ deficiente per matrimonii diſſolutionem corruit legatum. Ergo licet cauſa ab initio vera poſtmodùm falſa reddatur, irritatur legatum. Sed reſpondeo, quod legatum illud ita demum extinguitur per diſſolutionem matrimonii, ſi divortium offenſo animo factum interceſſerit; ſic enim textus ille intelligendus eſt ex *l. uxori* 3. *de auro & arg. leg.* quo caſu non ideò extinguitur legatum, quod legandi cauſa falſa eſſe cæperit, ſed quod ademptum cenſetur ex tacitâ teſtatoris voluntate; quapropter per divortium bonâ gratiâ factum non irritatur. Nec tunc obſtat textus in *d. l. ſed etſi* 10. *§.* 1. *de leg. præſt.* ubi ut conſiſtat legatum uxori relictum, omninò exigitur eſſe uxorem tempore mortis; nam reſpondeo hunc textum loqui de teſtamento reſciſſo per bonorum poſſeſſionem contra tabulas; Ex quo ex prætoris edicto conſervatur legatum dotis uxori relictum; quapropter cum matrimonium ipſum ſit, quod huic æquitati locum facit *l.* 1. *de legat. præſt.* Soluto ma-

trimonio non conſervatur legatum uxori, ſive bonâ gratiâ, ſive cum animo offenſo diſceſſerit à marito. Unde ſi nurui dos legetur, & matrimonium maneat inter filium & nurum tempore mortis ſoceri, nullum eſt legatum *l.* 1. §. *ſi ſocer* 9. *de dot. preleg.* itaque ut legatum conſiſtat & illo edicto conſervetur, requiritur tempore mortis ſoceri diſſolutum jam eſſe matrimonium, *d. l.* 20. §. *ſi nurui* 2. *de legat. praſt.* quia in nuru æquitatis cauſa non eſt matrimonium, ſed affinitas, quæ etiam diſſoluto quomodocunque matrimonio durat §. *affinitatis* 6. *inſt. de nuptiis.* Docet ex Goffredo D. Retes *in adverſ. ad titulum de legat. praſt. cap.* 7. *num.* 8. Pariter licet legatum agnatis relictum debeatur his qui poſt teſtamentum agnati eſſe deſierunt *l. ſi cognatis* 119. *aut* 19. *de reb. dub.* tamen ut conſervetur ex edicto de legatis præſtandis, exigitur eos in eâ neceſſitudine eſſe tempore mortis teſtatoris *l. intervenit* 24. *de leg. praſt.* Dominus Retes ubi nuper *num.* 4. 10. & 11.

Finis Tractatûs ſecundi.

DON JOANNIS

Digitized by Google

DON JOANNIS PUGÆ ET FEIJOO JURISCONSULTI ET PRIMARII ANTECESSORIS SALMANTICENSIS,

TRACTATUS ACADEMICUS III.

De in diem Addictione, ad Rubricam.

UT clarè procedamus in exponendo pacto addictionis in diem, ejuſque exquirendis & explanandis naturâ & proprietatibus, aliqua priùs animadvertere & præjacere neceſſe eſt, & circa inſcriptionem hujus noſtri tituli, & circa finem faciendæ addictionis in diem. Quoad titulum ergo obſervandum eſt diverſimodè legi in vulgari ac in florentinâ editione. Vulgati namque codices ſic habent: *de in diem adjectione*; florentini verò ita: *de in diem addictione*. Quæ ultima florentina lectio longè rectior eſt, ut docuerunt Ant. Faber in rationali ad *l.* 1. *hoc tit.* & Cujacius *lib.* 3. *quæſt. Afric. in l. cum in diem* 18. *hoc eod. tit.* triplex namque verbum in hoc tractatu invenitur, *addictio* ſcilicet, *adjectio*, & *adjectio*, quorum primum, *addictio* ſcilicet, ſignificat auctione conſtitutâ rem penes eum collocare qui pluris licitus fuerit, id eſt plus obtulerit; unde addictio ad rem venditam refertur. *Adjectio* autem eſt plus offerre, ſeu meliorem conditionem afferre, hoc eſt ſuprà adjicere, pluris liceri, ſeu licitari. *Abjectio* verò eſt adjectionem non recipere, id eſt meliorem oblatam conditionem reſpuere, non admittere, *l. Sabinus* 9. *hoc tit.* quare *abjectio* & *adjectio* non ad rem ut *addictio*, ſed ad pretium, vel rectiùs ad meliorem conditionem referuntur, ut optimè docuit Faber ubi nuper. Cum ergo præcipuus finis ad quem hic noſter titulus dirigitur (ut jam 23am. rubricæ partem explicemus) ſit exponere, præſcribereque formam collocandi rem penes eum qui pluris licitus fuerit, ut conſtat ex *l.* 1. *cum pluribus aliis hoc tit.* docent Cujacius & Faber ubi ſupra, & hoc ſignificat verbum *addicere*, ut nuper vidimus, meritò placet florentina lectio quæ habet *de in diem addictione*. Prædictâ ergo in diem addictione utebantur in auctionibus maximè publicis, ut virtute illius poſſent venditores res venditas addicere ei qui pluris licitus fuerit, meliorem ſuam conditionem faciens, intrà præfixum diem, vel nullo tempore præfinito intra diem vulgarem, qui eſt 60. dierum argumento textus in *l. qui ſi nolit* 31. §. *ſi quid ita* 22. *de Ædilit. Edict.* vel plerumque 30. dierum, ut docuit Cujacius *lib.* 33. *Pauli ad edict. in l. neceſſ.* 8. *hoc tit.* eas priori emptori auferentes vigore, ut dicebam, factæ addictionis in diem, ſeu pacti in eâ incluſi, quod manifeſtè elicitur ex eo quod ex voluntate contrahentium janua aperta & patens adjectionibus remanſit; ſine quo nec admitti poſſent, nec res venditæ ab emptore auferti valerent, quicunque venditor eſſet, etiamſi civitas, ſi non habeat ſpeciale privilegium adjectionis recipiendæ *l. Lucius* 21. §. *ult. ad Municip.* excepto fiſco qui hac maximâ potitur prærogativâ, ut queat intra vulgarem diem (qui in cauſis fiſcalibus 20. dierum eſt, *authent. hoc jus porrectum C. de ſacroſ. Eccleſ.* docet D. Amaya plures referens in *l. tempora* 4. *C. de fide, & jure haſtæ fiſcalis lib* 10. *n.* 58.) adjectionem admittere *d. l.* 21. §. *ult.* ubi Cujacius *lib.* 1. *reſponſ. Pauli ad l.* 4. *C. de fide & jure haſtæ fiſcalis lib.* 10. ubi D. Amaya præcipuè *num.* 59.

CAPUT PRIMUM

De modo faciendæ ſeu concipiendæ addictionis in diem, & utrum emptio & vendirio cui ineſt pactum addictionis in diem, ſit pura an conditionalis pro expoſitione textus in l. 1. *&* 2. *hoc titulo.*

IN diem addictio ita fit: *ille fundus centum eſt oti- bi emptus, niſi ſi quis intra calendas Januarias proximas meliorem conditionem fecerit, quò res à Domino abeat.* Sunt verba Pauli in *l.* 1. *ff. h. tit.* ex quibus evincitur manifeſtè emptionem & venditionem quæ aliàs ſubſiſteret, non temerè reſolvi vigore pacti addictionis in diem, ad eam ad- 1

jecti, niſi melior conditio ab aliquo allata fuerit *l. ubi autem* 4. §. ſed & Marcellus 3. *hoc tit.* meliore namque allatâ conditione, ſeu adjectione factâ, taliter ſuas vires egerit pactum addictionis in diem, ut tollat omninò conceptum emptionis & venditionis, ejuſque imaginem prorſus deleat, ita ut nunquam præceſſiſſe videatur *l. item quod dictum* 6. *l. Imperator* 16. *hoc tit.* in quibus Ant. Faber. in *rationali*, Donellus *lib.* 26. *comment. cap.* 18. ubi Oſſualdus *litt. B. & C.* quod idem contingit in venditione facta ſub pacto commiſſorio *l.* 2. *de leg. commiſſ.* ubi Faber in *rationali*, Donellus *dict. lib.* 16. *cap.* 19. ubi Oſſualdus *litt. F.* quibus conſequens eſt quod reſolutâ venditione ex vi pacti addictionis in diem, Dominium habeat à vero Domino, ſive is ſit emptor, ut volebat Accurſ. ſive venditor, ut dicebant alii; quod ex modo concipiendæ venditionis apparebit: nam ſi purè celebrata fuerit, emptor Dominus erit; ſi verò ſub conditione, apud venditorem dominium remanebit, ut optumè antiquorum neglectis ſententiis prævidit, & optimè docuit Ant. Faber in *rationali ad d. l.* 1. *hoc tit.*

2 Sed maximè controverſum fuit, an emptio & venditio contracta ſub pacto addictionis in diem, pura an verò conditionalis ſit exiſtimanda; uſque dum Ulpianus *lib.* 28. *ad ſabinum in l. quoties* 2. *hoc tit.* hoc conſultorum jurgium, quod ipſe ibidem refert, diſtinctionis fœdere ſedavit & compoſuit. Inquit enim Ulpianus multùm intereſſe quid inter contrahentes actum ſit, ad cognoſcendam naturam prædictæ venditionis: ſi enim hoc actum eſt, ut meliore allatâ conditione diſcedatur ab emptione, erit pura emptio reſolvenda ſub conditione, quia nihil eſt quod conditionem faciat aut perfectionem ſuſpendat; multòque magis ſi conventionis verba talia ſint, ut venditionem expreſsè reſolvant, ut puta, ſi convenerit ut allatâ meliore conditione diſcedatur ab emptione, aut res inempta fiat, ut in ſpecie *l.* 1. *hoc tit. l.* 1. *&* 2. *de leg. commiſſ.* etenim non poteſt res inempta fieri, quæ non priùs empta fuerit; nec rursùs diſcedi ab emptione, quæ non priùs contracta fuerit, *l. ab emptione* 58. *de pactis l.* 1. *&* 2. *C. quando liceat ab empt. diſced.* ſin autem, inquit Ulpianus, hoc actum eſt, ut perficiatur emptio, niſi melior conditio afferatur, erit emptio conditionalis; certum namque eſt, quoties perfectio emptionis ſuſpenditur in id uſque tempus, quo verum ſit meliorem conditionem intra præfixum diem allatam, non eo conditionalem eſſe venditionem; conditionalis quippe venditio ante conditionis eventum non perficitur *l. hæc venditio* 7. *de contrah. empt.* conditio in præſenti fit per *niſi*, quemadmodum ac per *ſi l. cum ab eo* 41. *de contrah. empt.* nihil aliud eſt *niſi*, quàm *ſi non*, *l. Titia* 19. *in fin. princip. de ann. legatiſ. l. ſtichus* 20. §. *Titia* 2. *de alim. legat. l. extraneo* 6. *de ventre in poſſ. mitt.* & licet Accurſius conditionem tribuerit, non adverbio *niſi* ſed verbo *perficiatur*, hoc non pendet ex eo quod ſit verbum futuri temporis, ut minùs rectè vulgò traditur, ſed ex verâ ſignificatione verbi *perficiatur*, quod non eſſe perfectam obligationem clarè ſatis exprimit, ut optimè docuit ſubtilis Coſta *lib.* 1. *ſelect. cap.* 23. *num. ult.* unde licet ita convenerit, ut perfecta ſit emptio, niſi melior conditio allata fuerit intra præſtitutum diem, adhuc conditionalis erit emptio, quia etiam in iſto caſu ſuſpenſa eſt perfectio emptionis, ut eleganter docet Ant. Faber in *rationali ad d. l.* 2. *h. t.* attendenda eſt ergo voluntas contrahentium ad dignoſcendam puritatem vel conditionem emptionis, uti benè diſtinxit Ulpianus in *d. l.* 2. *h. tit.* namque ut in cæteris negotiis; ita & multò magis in emptione & venditione ante omnia, id quod actum eſt inſpici oportet *l. ſed Celſus* 6. §. 1. *de contrah. empt. l. ſemper* 34 *de reg. jur.* quâ ratione ſimiliter emptio facta ſub conditione, *ſi diſplicuerit* in hunc modum, *res inempta eſto, ſi diſplicuerit*, pura eſt & ſub conditione reſolvitur, quia ſatis liquet ex voluntate & conventione contrahentium à principio perfectam eſſe *l. ſi res* 3. *de contrah. empt. l.* 2. §. *ſed & illud* 5. *pro emptore*, *l. ſi prædium* 4. *C. de ædilitiis act.* quemadmodum è contrario conditionalis erit emptio ita facta: *ſi res tibi placuerit, erit tibi empta*, quia ſuſpenſa eſt ejus perfectio §. *pen. inſt. de empt. & vend.* ubi Vinnius, Faber in *rationali ad d. l.* 3. *de contrah. empt.* Cujacius 53. *Pauli ad edict.* in *d. l.* 2. §. 5. *pro emptore*, *& in recitatis ad tit. C. de ædilitiis act. in principio.*

3 Huic tamen doctrinæ ſuperiori numero traditæ obſtat fortiter difficilis textus in *l. obligationum* 44. §. *conditio* 2. *de O. & Act.* ubi docet Paulus obligationem contractam per particulam *niſi* puram & ſine conditione eſſe, veluti hoc modo: *centum aureos dare ſpondes, niſi navis ex Aſiâ venerit*: corruit ergo tota doctrina ſuperioris proximè præcedentis numeri, quatenus dicebamus emptionem celebratam ſub pacto addictionis in diem per *niſi* puram eſſe, ſi hoc ſcilicet actum eſt inter contrahentes, & rursùs conditionalem, ſi convenerit ut perficiatur meliore allatâ conditione; namque Paulus in *d.* §. 2. docet abſolutè obligationem per *niſi* contractam puram eſſe ſemper, & nunquam conditionalem, nulla conventionis facta commemoratione: claudicat igitur ex utroque latere aſſertum noſtrum. Verùm huic dubio, omiſſis ſolutionibus Accurſii, Bartholi, Fulgoſi & antiquorum, quas refert & refellit Coſta *lib.* 1. *ſelect. cap.* 23. reſpondendum eſt cum Cujacio *lib.* 74. *Pauli ad edict. in d. l.* 44. §. *conditio* 2. & cum Acoſtâ *dict. lib.* 1. *ſelect. cap.* 23. ideò in *d.* §. *conditio*, obligationem celebratam per *niſi* puram eſſe, quia prædicta particula *niſi* poſita fuit poſt perfectionem obligationis; unde nequit eam jam ſemel perfectam conditionalem efficere, quod expreſsè docuit Paulus in *dict.* §. *conditio*; diverſum namque eſſet, ſi in conſtituendâ obligatione, adjiceretur; etenim magnum adeſt diſcrimen inter obligationem quæ ex conditione incipit, & quæ in illa deſinit, id eſt inter obligationem quæ accipit conditionem ut conſtituatur & perficiatur, & eam quæ jam conſtituta & perfecta recipit conditionem; illa quippe conditionalis eſt, hæc autem pura, quia conditio ſi exiſtat, poteſt obligationem conſtituere, non etiam extinguere ipſo jure, cum non ſit legitimus modus extinguendæ obligationis.

4 Quare ſi jam conſtitutæ & perfectæ obligationi adjiciatur conditio, veluti in *d. l.* 44. ſummo jure inſpecto, nulla exceptio promiſſori competit adversùs ſtipulatorem, quia ipſo jure ut nuper adjecta conditio non eſt legitimus modus extinguendæ obligationis jam conſtitutæ & perfectæ. Cæterùm jure prætorio, vel poteſtate judicii

bonæ fidei ſueeurritur debitori, conceſſa exceptione doli mali, vel pacti conventi ad infirmandam prædictam obligationem, ut conſtat ex *d.* §. *conditio* in ultimis verbis, quæ non ad ſummum jus, ſed ad beneficium prætoris referenda ſunt, quæ ſimiliter ad poteſtatem, judicii bonæ fidei referri poſſent, ſi judicium eſſet bonæ fidei, ut accidit in emptione & venditione §. *in bone fidei* 30. *inſt. de act.* Verùm inter reſolutionem obligationis provenientis ex contractu ſtricti juris, vel ex contractu bonæ fidei magna verſatur differentia: in illo namque opponenda eſt exceptio doli ad reſolutionem obligationis; in hoc verò ipſo jure fit reſolutio, quin opus ſit opponere exceptionem doli quæ ineſt in contractibus bonæ fidei *l.* 3. *de reſcind. vend. l. ſed etſi* 21. *ſoluto matrimonio l. hujuſmodi* 24. §. *qui ſervum* 5. *de legat.* 1. docet Cujacius *d. lib.* 74. *Pauli ad edict. in d.* §. *conditio*, & clariùs in *recitatis* ad eum qui tamen dum affirmat emptionem celebratam cum pacto addictionis etiam reſolvi ope exceptionis doli mali, meliore allatâ conditione, & ſic intelligit textum in *l.* 2. *hoc tit. l.* 1. *de lege commiſſ. l.* 3. *de contrah. empt.* Egregiè fallitur, quia hæc emptio non ope exceptionis, ſed ipſo jure reſolvitur, ot pote ex dictis legibus. Nec tunc obeirt conditionem perfectæ obligationi adjectam illam ipſo jure extinguere, quia falſum eſt ſuppoſitum, cum meliore allatâ conditione, ex vi pacti nulla videatur praceſſiſſe ohligatio quæ poſſet extingui, ut dicebamus *num.* 2. bene ergo ex his omnibus ſtat, quod emptio facta ſub pacto addictionis in diem eâ conventione, ut ſtatim perfecta ſit, pura exiſtimetur, quia particula *niſi* poſt perfectionem adjicitur; ea verò cujus perfectio ſuſpenditur, ex pacto conditionalis dicatur, quia conditio conſtituit obligationem, non reſolvit: quin obſtat textus in *d. l.* 44. §. 2. quæ ſi benè perpendatur, non contraria, imò concordans eſt doctrinæ traditæ ex *dict. l.* 2. *h. t.* cum ideò in ea dictio *niſi* nequeat conditionalem obligationem conſtituere, quia eam jam perfectam invenerit, verùm illam reſolvit, licet non ipſo jure, tamen oppoſita exceptione doli, vel pacti ex ratione nuper conſtitutâ.

5 Cæterùm ut in comperto relinquamus obligationem contractam per adverbium *niſi* poſt illius perfectionem adjectum, puram eſſe, neceſſe eſt obſervare quando particula *niſi* videatur poſt perfectionem appoſita, quâ in re variæ extant interpretum ſententiæ; Accurſius in *d. l.* 44. §. 7. exiſtimat tunc tantùm hoc contingere, cum obligationi purè contractæ ex intervallo adjecta eſt conditio, veluti ſi ita concepta ſtipulatione, *centum mihi dare ſpondes* poſt aliquod temporis ſpatium adjectum ſit, *niſi navis ex Aſia venerit.* Accurſii ſententiam amplectuntur antiquiores, quos in *d.* §. *conditio* referunt Bartholus & Albericus. Verùm ipſemet Bartholus in *l. ſi cum* 10. §. *qui injuriarum* 2. *ſignis caution. num.* 7. differentiam conſtituit, utrùm particula *niſi* præcedat, vel ſubſequatur obligationem, ita ut ſi anteponatur, conſtituat obligationem conditionalem, non verò ſi poſtponatur; cum in hoc caſu perfectæ jam obligationi adjiciatur; quam ſententiam deffendunt etiam Cujacius *d. lib.* 74. *Pauli ad edict. in d. l.* 44. §. 2. & juxta ea videntur intelligendi textus in *l. quibus diebus* 40. §. *quidam Titio* 2. *de cond. & dem. l. Titia Servit* 59. §. *ult. de manum. teſtam.* aliter alii intellexerunt, quos refert Coſta *d. lib* 1. *ſelect. cap.* 23. *num.* 1. ubi ipſe docet diſcrimen verſari inter conditionem *ſinon*, & particulam *niſi*, in eo ſcilicet, quod conditio *ſinon*, præcedens obligationem, quia ex ſui natura adinventa videtur ad reſolvendam conſtitutam obligationem, magis quàm ad conſtituendam: nihil ergo, ait Coſta, intereſt præcedat an ſequatur obligationem; ſed enim verò magis veritatis ſociam Bartholi & Cujacii opinionem reputo, ut ſatis apertè indicant, imò demonſtrant textus in *d.* §. *conditio d. l.* 40. §. 7. & *in d. l.* 59. §. *ult.* quæ eſt ſubtiliſſimi Coſtæ, cujus ſententiæ adhæreo, eo caſu qoo ex voluntate contrahentium adjecta fuit particula *niſi* ad obligationis reſolutionem, cujus ipſe meminit ibidem *num.* 3. *in fin.* & probat expreſsè in *l.* 2. *hoc tit. l.* 1. *de l. commiſſoria* in quibus Faber in *rationali.*

Diſputavimus jam illum caſum, quando emptio & venditio facta ſub pacto addictionis in diem ex voluntate contrahentium, & verbis conventionis pura vel conditionalis ſit, quare alterum nunc examinemus oportet, an pura vel conditionalis exiſtimanda ſit, ſi nec extra verba conventionis, nec ex eis quid actum ſit appateat, nec de puritate vel conditione conſtet, quia ſcilicet tantum dictum eſt, quòd emptio fiat ſub pacto addictionis in diem; Qui articolus ſub lite fuiſſe facilè deprehenditur ex *l. quoties* 2. *hoc tit.* & expreſſiùs ex *l.* 2. §. *ſi in diem* 4. *pro emptore.* Sabinus namque putabat prædictam emptionem conditionalem eſſe *d.* §. 4. cujus ſententiæ adhærebant alii, ex quibus unum fuiſſe ulpianum in *l.* 2. *hoc tit.* docet Cujacius *lib.* 54. *Pauli ad edict. in d. l.* 2. §. 4. *pro emptore & in recitatis ad eum*, idem affirmant Accorſius & Gothofr. in *d.* §. 4. quod mihi nunquam ſatis tuto potuit animo inſidere, quia Ulpianus in *l.* 2. *hoc tit.* hanc controverſiam ſub dubio adhuc relinquit, ſi attentè ejus verba legantur; & eam ſolùm partem exponit, quando illud actum fuit, ut meliore allata conditione diſcederetur ab emptione, vel ea non ablata perficeretur emptio, ut in illo caſu intelligantr pura, in hoc verò conditionalis; ſed de altero quem tractamus caſu nihil decidir; non ergo rectè illum emptionem conditionalem eſſe aſſeruiſſe affirmant Cojacius, Accurſius, Gothofred. & alii. Contrariam opinionem, ſcilicet emptionem in noſtro caſu puram eſſe ex ſententiâ Juliani defendit Paulus in *d.* §. *ſi in diem* 4. quæ communiter placet, quam & nos libenter, ut veriorem, amplexamur, non ſolùm quia conditionales emptiones ſunt minùs favorabiles, tanquam imperfectæ, ſed etiam quia quilibet actus ſuâ natura purus, & non conditionalis præſumitur; eſt enim conditio quid extrinſecum, quæ ob id nunquam niſi ex magna cauſa ſuppletur, *l. ſi ita ſtipulatus* 126. §. *Chriſonogus in fin. de V. O.* 6

Nec huic doctrinæ obeſſe poteſt textus in *d. l.* 2. §. *ſi in diem* 4. *pro emptore*, ex qua videtur colligi emptionem factam ſub pacto addictionis in diem eo ipſo conditionalem eſſe; ſic enim habent verba ibi: *ſi in diem addictio facta ſit (id eſt, niſi ſi quis meliorem conditionem attulerit, perfectam eſſe emptionem)* quæ ſatis apertè exprimunt pactum indictionis in diem emptioni adjectum ejus perfectionem ſuſpendere, uſquedum melior conditio non ſit allata; hoc 7

namque demonſtrant illa verba : *niſi ſi quis meliorem conditionem attulerit , perfectam eſſe emptionem.* Hic namque dubio dicendum eſt cum Ant. Fabro in *rationali ad. l. 2. hoc tit.* parentheſim in *d. §. ſi in diem* 4. concludendam eſſe poſt verbum *attulerit* non poſt *emptionem* , ut ſenſus ſit emptionem factam ſub pacto addictionis in diem , (id eſt niſi melior conditio allata fuerit) perfectam eſſe , quod non ſolùm præjactam doctrinam non deſtruit , imò eam quàm optimè comprobat & confirmat. Hæc autem Fabri interpretatio eo nititur fundamento , quia , ut ipſe docet , emptiones conditionales minùs favorabiles ſunt , tanquam imperfectæ , & quia quilibet actus ſuapte natura purus & non conditionalis præſumitur, tum etiam mihi eâ ratione apprimè veriſſima evincitur , quia ea non admiſſa abſurdam inconſequentiam Juliano & Paulo imputare neceſſe eſſet , quod nefas foret ; etenim admiſſo quod ex vi pacti addictionis , perfectio emptionis ſuſpenderetur , quod ſequitur præcisè concluſa parentheſi poſt verbum *emptionem* , ridiculus eſſet Julianus aſſerens uſu-capionem ſequi , & fructus emptoris effici ; & longè ineptus Paulus illius ſententiam amplectendo , quia , ut procedere poſſit uſu-capio , puram emptionem præceſſiſſe neceſſarium eſt *l. 2. §. ult. l. ubi autem* 4. *in princip. hoc tit.* item & ſimiliter , ut fructus valeant emptoris effici , *l. item quod dictum 6. l. Imperator 16. hoc tit.* Ne ergo tam turpi notâ Julianum & Paulum eximios conſultos afficiamus , prædictam interpretationem ex animo admittimus , & ut veriſſimam defenſamus.

8 Videamus utrùm hæc eadem quæſtio locum habeat in emptione celebrata ſub pacto commiſſorio ? negat Faber in *rationali ad d. l. 2. hoc tit. & ad l. 1. de lege commiſſoriâ* ea ductus ratione , quia prædicta emptio in eis ſemper verbis concipitur , quæ eam purè factam præcisè ſupponunt , & ſub conditione reſolvuntur , veluti ot pretio ad diem non ſoluto res inempta fiat , quæ porrò nequit inempta fieri , niſi priùs empta fuerit , *l. 1. & 2. hoc tit.* & ad *l. de lege commiſſoriâ.* Cæterùm veniâ ſubtiliſſimi Fabri tentare auderem, quæſtionem locum habere poſſe etiam in emptione factâ ſub pacto commiſſorio , quo caſu nullis verbis concepta fuit emptio , ex quibus puritas & perfectio elici poſſunt , ſed ſimpliciter celebrata fuit ſub pacto commiſſorio , quod mihi probat manifeſtè lex quæ pro contrariâ ſententiâ communiter addocitur in *d. l. 2. §. Sabinus 3. pro emptore.* Nec officit , ſi dicas Sabini ſententiam ibi à Paulo reprobari , nam hoc ideò contingit , quia ex conventione contrahentium perfecta fuit à principio emptio , ibi : *ſi conventio eſt* (inquit Paulus) *magis reſolvitur , quàm implebitur* , ſi ergo nulla interveniat conventio , nec aliunde conſtat de puritate vel conditione emptionis ; verum eſt quæſtioni locum eſſe , quemadmodum in emptione celebrata ſub pacto addictionis , cum inter utrumque pactum nullam circa hanc partem differentiæ rationem invenire valeam , & quia non videam cur emptio cum pacto commiſſorio non poſſit eſſe conditionalis , ſicuti conditionalis valet eſſe quæ facta fuit cum pacto addictionis , licet reluctetur Faber ubi ſupra , veluti ſi vendens rem cum pacto commiſſorio ita dicat : *res tibi centum vendita erit , ſi intra calendas Januarias proximas pretium ſolveris* , quo caſu nullus negabit emptionem ſic conceptam conditionalem fore , cum ſuſpenſa ſit apertè ejus perfectio : eam verò conventionem fieri inter contrahentes poſſe non dubito , quippe etiam perfectâ emptione poteſt convenire , ut ſoluta pecunia rei venditæ poſſeſſio emptori tradatur *l. fiſtulas 78. qui fundum 2. de contrah. empt.*

His tamen omnibus quæ à *num.* 2. uſque in 9
hunc diximus , ſcilicet emptionem factam cum pacto addictionis in diem , ſemper puram cenſeri , niſi aliud conſtet ex verbis , vel conditione contrahentium , graviſſimè officit ſequens conſideratio deducta ex ademptione legatorum , inter quam & emptionem factam cum pacto addictionis in diem , eadem videtur adeſſe ratio circa qualitatem obligationis ; nam quemadmodùm legatum purè relictum aufertur ſub conditione , ſic ſimiliter poteſtas pacti addictionis efficit ut primo emptori auferatur res empta purè ſub conditione , ſcilicet meliore allata conditione ; atqui ademptio legati purè relicti ſub conditione facta , primum legatum purum conditionale reddit , quia expreſſa conditio ademptionis continet in ſe tacitam conditionem primi legati puri *l. legatum 10. de adim. legatis. l. quibus diebus 40. §. quidam Titio 2. l. aliquando 107. de Cond. & Dem. l. qui purè 6. in principio quando dies leg. ced. l. poſt mortem 68. §. ſi purè 2. de leg. 1.* docet Bartholus in *d. l. 10. de adim. leg. & in d. l. 40. §. 2. de Cond. & Dem.* Cujacius 37. *ff. Juliani in d. l. 20. de adim. legat. & lib. 74. Pauli ad edictum in l. 44. §. 2. de O. & Act.* ergo pariformiter & æquè dicendum eſt expreſſam conditionem melioris conditionis ſub quâ reſolvitur emptio , includere tacitam conditionem in priori emptione , ob idque eam conditionalem efficere , quamvis purè contracta fuerit ex adductis juribus. Ut diverſitatis rationem conſtituat Cujacius *d. lib. 74. Pauli ad edict. in d. l. 44. de oblig. & act. §. 2. in fin.* rejecto diſcrimine inter contractus & ultimas voluntates , differentiam petendam eſſe affirmat ex modo concipiendi obligationem , ita ut ſub conditione reſolvatur , ſi purè contracta fuerit , vel conditionalis exiſtimetur , ſi à conditione inceperit : hæc tamen interpretatio facilè corruit , quia ſi formula conceptionis hoc efficeret , vel reſolveretur legatum purum ſub conditione ademptum , ſicut reſolvitur in præſenti emptio purè contracta , vel tandem quemadmodum legatum purum ſub conditione expreſſa ademptum , ſub contraria conditione tacita datum cenſetur , ita emptio pura ſub expreſſa conditione reſolvenda , ſub contraria celebrandam eſſe non dubito, ex diverſitate quæ adeſt inter contractus & ultimas voluntates , quamvis reſiſtat magnus Cujacius , ut optimè docuerunt Accurſius & Barthol. *ubi ſupra* , quæ elegans profectò eſt , in eoque conſiſtit , quod emptio & quilibet alius contractus purè celebratus ſtatim effectum tenent , & conſiſtunt , unde quæcunque expreſſa conditio poſtmodùm adjecta eos tantùm reſolvere , non verò conditionales efficere valebit ; at legata & quæcunque in teſtamento relicta ante mortem teſtatoris non conſiſtunt , nec valent , ut patet : non mirum ergo quod ſuperveniens ademptionis expreſſa conditio , ea adhuc non conſiſtentia tacitè conditionalia reddat *d. l. 10. cum aliis de adim. legat.*

CAPUT II.

Quæ requirantur ut melior conditio allata cenſeatur, & an meliore allatà conditione reſolvatur præcisè prior emptio.

1 MUlta requiruntur ut ex vi pacti addictionis in diem melior conditio allata videatur, ſcilicet quòd exiſtat ſecundus emptor verus, non falſus nec ſimulatus; item quod melior conditio afferatur ſuper tota re vendita; deinde quòd exiſtat perſona, cui melior conditio afferri poſſit; rurſùs quòd eam admittat venditor; & tandem quod conſtet ſuper qua re (pluribus ſcilicet venditis) adjectio facta ſit. De quibus in hoc ſecundo capite agendum nobis eſt: & ut præjactum ordinem ſervemus, primò ſciendum eſt, meliorem conditionem afferri non poſſe, niſi adſit ſecundus emptor verus qui plus adjiciat; quare ſi falſus emptor ſubjiciatur, tenebit prima emptio, quia nequit videri melior allata conditio à ſimulato emptore *l. ubi autem* 4. §. *cum igitur* 5. *hoc tit.* nec obeſt quod in iſto caſu ex vi pacti addictionis intelligitur melior conditio allata, cum conditiones omnes ſint facti, ob idque ſufficiat, quod ipſo facto adimpleatur *l. qui hered.* 44. *l. Mævius* 55. *de condit. & dem. l. heredibus* 77. §. 1. *ad Treb.* Cum ergo melior conditio in præſenti de facto allata fuerit, non videtur curandum de veritate vel falſitate emptoris; namque ſimulatio emptoris meliorem conditionem nequit admittere, tum quia ſimulata pro infectis haberi debent *l. ſi ex pretio* 6. *C. ſi certum pet.* nec fieri revera intelligitur, quod non verè, ſed ſimulatè concipitur; quod non attenditur toto tit. codicis *plus valere quod agitur, quàm quod ſimulatè concipitur*, tum quia in emptis & venditis omnia ex bona fide metienda ſunt *l. exemplo* 11. §. 1. *l. bona fides* 50. *de act. empt.* & quia in eis quod actum inter contrahentes fuit inſpiciendum eſt, *l. ſed Celſus* 6. §. 1. *de contrah. empt.* nemo autem dicet actum eſſe, ut conditio melioris conditionis in falſo & ſuppoſito emptore adimpleri poſſit, nec ex bona fide eſſe, ut ſimulatè fiat quod verè fieri debet: ſimulatus ergo emptor non poterit videri meliorem conditionem attuliſſe, docent Donellus *lib.* 16. *Commentar. cap.* 18. & Faber *in rationali ad d. l.* 4. §. 5. *hoc tit.*

2 Verùm non ſufficit quòd ſecundus exiſtat verus emptor, niſi verè etiam meliorem conditionem afferat; quare ſi adſit ſimulatio, vel fictio reſpectu melioris conditionis, prior emptio non reſolvitur, quia non eſt impleta conditio, quamvis in hac parte tres caſus diſtingui neceſſe ſit; primus eſt ſi venditor ſimulaverit ſecundum emptorem meliorem conditionem afferre, cum reverà non attulerit, & in iſto caſu procedit præjacta concluſio, quod ſcilicet non reſolvitur prior emptio quaſi deficiente conditione; ſed tamen quia ſecunda emptio, licet non ſit efficax ad reſolutionem, vera tamen eſt; utrique emptori erit in ſolidum obligatus *l. ſi venditor* 14. *hoc tit.* quippe cum ſimulatio non ſit in ſubſtantia & veritate negotii, ſed in pretii quantitate, non facit nullam & imaginariam emptionem, nec falſum emptorem, & nihil poteſt haberi pro infecto, niſi quod ſimulatum eſt, id eſt, quatenus fixerunt contrahentes plus eſſe in pretio ſecundæ emptionis, quàm reverà eſſet; itaque vera quidem emptio eſt, ſed non vera allata melior conditio. Secundus caſus eſt, ſi emptor primus ſecundum emptorem minùs idoneum ſubjecit, & in hoc caſu reſolvitur prima emptio, quia reverà melior conditio allata fuit aucto pretio: ergo ex vi pacti reſolutus eſt primus contractus, quia omnes legem accipiunt ex conventione *l.* 1. §. *ſi convenerit* 6. *depoſiti*, *l. in conventionalibus* 52. *de verb. obl.* Sed tamen ne dolus primi emptoris impunitus remaneat, conceditur venditori adversùs eum actio ex vendito, ut conſequatur quanti ſua interſit deceptum non eſſe, & fructus quos percepit, & quo res deterior dolo, vel culpa illius facta eſt, *d. l. ſi venditor* 14. §. 1. *hoc tit.* Tertius caſus eſt, quando acceſſit ſecundus emptor plus offerens à nullo ſubjectus, quo caſu prima emptio reſolvitur; quia reverà extitit conditio; nam etſi ſecundus emptor ſolvendo non ſit, & ob id inanis quæ contra eum competit actio *l. nam is* 6. *de dolo*, ſibi imputet venditor, qui potuit meliorem conditionem oblatam non admittere, quam comprobando bonum nomen creditoris facere creditur *d. l.* 14. §. *ſed ſi* 2. *l. inter cauſas* 26. §. 2. *mand. l. qui debitorem* 18. *de fidejuſſ.* docent Ant. Faber *in rationali ad d. l.* 14. *in princip. &* §. 1. *&* 2. *hoc tit.* Donellus *dict. lib.* 16. *cap.* 18. *verſ. prima conditio.*

Si ergo verus accedat ſecundus emptor, & à 3
nullo ex contrahentibus ſubjectus, qui meliorem afferat conditionem, reſolvetur primus contractus ex vi pacti, nec intererit quiſnam iſte ſit, an extraneus, an verò ex ipſiſmet contrahentibus. Unus namque ex pluribus venditoribus poterit adjectione facta rem emere, quam ipſe priùs cum aliis cum pacto addictionis vendiderat *l. quod ſi uno* 13. §. *ult. hoc tit.* Nec obeſt dolum committere venditorem venditionem à ſe factam reprobantem, & contra proprium factum venientem. *l. vindicantem* 17. *de eviction.* illud namque verum eſt, ſi ſimpliciter & ſine ulla conditione vendiderit, non verò in præſenti uti virtute pacti, quàm optimi, ut quilibet alius, admitti poteſt. Donell. *d. lib.* 16. *cap.* 18. *verſ. prima conditio ad medium.* Nec rurſùs officit venditorem rejiciendum eſſe, quia rem ſuam emit, quod meritò reprobatum extat, quia rei propriæ emptio conſiſtere nequit *l. ſua rei* 16. *de contrah. empt.* etenim multa ſunt, quæ licet ſeparatim & diviſim tranſire & acquiri nequeant, tamen cum univerſitate tranſeunt, ut fundus dotalis & alii. *l.* 2. *de fund. dotali l. quidam* 62. *de acquir. rer. domin.* nihil ergo prohibet venditorem partis dominum cum tota re quam emit, etiam partem emere, cum totius rei dominus non ſit, nec proinde verum ſit formaliter id eum emere cujus dominus eſt, ſicut nec tota res pars rei eſt, nec pars ipſa tota res; elegans textus in *l. qui negotia* 34. §. *ult. mand.* Nec obſtat textus in *l. ſed ſi communis* 18. *de contrah. empt.* ubi ſi quis rem quam cum alio communem habet, ſciſſo pretio proportione emit, docet conſultus pro parte emptionem valere, pro parte non valere: ergo adhuc cum tota re emere partem noſtram non poſſumus; nam, ut docet Faber in hujus textûs *rationali*, regula deducta ex *d. l.* 13. §. *ult. hoc tit. cum ſimilibus* locum habet, cum plurium dominorum portiones non tantùm uno contractu, ſed etiam uno pretio venditæ ſunt; hoc enim caſu fit ex neceſſitate, ut quis

totam rem emere cogatur: in *d. verò l.* 18. nulla adeſt neceſſitas ut dicere poſſimus emptorem partem ſuam emere cogendum; ideò pro parte tantùm ſubſiſtit emptio. Similiter unus ex pluribus emptoribus poterit meliorem adjicere conditionem etiam pro ſua parte, nec offendit emptorem interim dominum eſſe, *l. 2. §. ult. l. ubi autem 4. §. ſed & Marcellus 3. hoc tit.* & conſequenter rem ſuam emere non poſſe *d. l. 16. de contrah. empt.* nam præterquàm quod partem noſtram cum tota re emere valemus, ut nuper fundabamus, cum unus ex emptoribus pretium adjicit, à priore emptione pro ipſius parte diſceditur, quia pro parte nequit reſo vi *l. cum in diem 18. hoc tit.* Non mirum igitur, quod poſſit meliorem conditionem afferre etiam unus ex emptoribus: docet & utrumque caſum exponit Ant. Faber *in rationali ad d. l. 13. §. ult. & 18. hoc tit.* Donell. *d. cap. 18. verſ. prima conditio ad fin.* breviter Cujacius *lib. 3. quæſt. Afric. in d. l. 18.*

4 Ex dictis conſtat neceſſarium eſſe meliorem conditionem afferri, ut reſolvatur prima emptio. Sed advertendum eſt meliorem conditionem nec ex eo præcisè inferri quod augeatur pretium, ſed aliis etiam pleriſque modis intelligi: nam melior conditio videtur allara non ſolùm ratione quantitatis, veluti aucto pretio, verùm & ratione temporis, ſi adſit in ſecunda venditione commodum repræſentationis oblata maturiore ſolutione; deinde ratione loci, ſi offeratur eadem pecunia propinquiore & commodiore loco, quia tempore & loco plus ſolvi videtur *§. plus autem 32. inſt. de act. l. 2. §. ult. l. ideò 3. l. centum capua 8. de eo quod certo loco.* item reſpectu perſonæ novi emptoris, veluti ſi idonior ſit, quod non ſolùm æſtimatur ex facultatibus, ſed etiam ex conveniendi facilitate *l. 1. qui ſatiſd. cogantur. l. ſi quis ſtipulatus 112. §. ult. de verb. obl.* denique ſi emat ſecundus levioribus conditionibus, puta remiſſa ſatiſdatione ad quam tenebatur venditor ex pacto, aut doli repromiſſione, cui quilibet venditor adſtrictus eſt ex natura contractus, niſi convenerit ut ſimplum tantum præſtetur *l. pacta 72. de contrah. empt. l. ſi dictum 56. de evict.* quia cum pacta omnia quæ in ipſa emptione aut in continenti apponuntur, faciant partem pretii *l. qui fundum 75. l. fundi 79. de contrah. empt.* nihil intereſt an ſecundus emptor quæ graviora futura erant venditori remittat, an verò pretium augeat: quæ omnia complectitur Ulpianus in *l. ubi autem 4. §. ult. hoc tit.* & denique quidquid ad utilitatem venditoris adjicitur pro meliore conditione habetur *l. quidquid 5. hoc tit.* docent Faber *in rationali ad d. l. 4. §. ult. & ad l. 5. hoc tit.* Donell. *d. lib. 16. cap. 18. verſ. ſecund. conditio.*

5 Verùm ut melior conditio u no ex prædictis modis allata primam emptionem reſolvere queat, exigitur quod exiſtat perſona cui afferri poſſit, & allata placere; ob id ergo ſi venditor deceſſerit, nec aliquis intra diem quo melior conditio afferri poteſt, ei hæres exiſtat, ſeu ejus hæreditatem adeat, melior allata conditio inutilis erit ad reſolvendam primam emptionem, nec ſufficiet hæreditati afferri, nam tantùm perſonæ locum obtinet in his quæ ſunt juris *l. hæreditas 50. de petit. hæred.* non in his quæ ſunt facti *l. 1. §. Scævola 10. ſi is qui teſtam. liber eſſe juſſ.* quale eſt admittere meliorem conditionem *l. conſilio 7. §. ult. de curat. furioſ.* velle namque voluntatis eſt *l. voluntatis 7. C. de fidei-commiſſo.* Si verò exiſtat aliquis hæres intra diem præfixum, reſolvetur prior emptio *l. ſi prædio 15. in princip. hoc tit.* ubi Faber *in rationali*, Donell. *d. cap. 18. verſ. tertia conditio*; unde ſi jacente hæreditate elapſum ſit tempus intra quod melior conditio afferri poterat, prior emptio omninò confirmatur, argumento textus in *l. ad diem 77. de verb. obl. l. ult. de nautico fœnore*, ubi ſi quis promiſerit pecuniam aliamve rem certo die ſolvere, & ſi ea die ſoluta non fuiſſet, pœnam ſpoponderit, etiamſi dies ſtipulationi adjectus poſt mortem promiſſoris jacente illius hæreditate veniat, nihilominùs pœna committitur. Nec obſtat textus in *l. pecunia 9. §. ult. de uſuris*, ubi legitimarum uſurarum ſtipulatio in eum caſum adjecta, quo minores uſuræ ad diem non ſolverentur, non committitur, ſi dies advenerit jacente hæreditate: nam in hoc textu ſtipulatioois dies non poſt mortem promiſſoris, ſed potiùs mortuo ſtipulatore vel creditore advenit; ideòque committi non poteſt, quia cum nullus ſit cui ſolutio fieri valeat, nec per debitorem ſtet quòminùs ſolvat, illius temporis inculpatam eſſe moram conſtat *l. cum quidam 17. §. ſi pupillo de uſuris.* Aliud tamen obſervaretur, ſi vivente creditore mora jam contracta fuerit, & uſuræ currere cœperint; tunc enim etiam jacente hæreditate continuabuntur *l. evictis 18. §. poſt traditam de uſuris*, docet cum pluribus Valent. *lib. 3. illuſtrium tr. 4. cap. 2. num. 3. cum ſequentibus uſque ad* 10.

6 Cæterùm melior allata conditio, ut efficax ſit ad reſolutionem primæ emptionis, debet offerri contemplatione ſolùm ipſiuſmet rei venditæ, non alterius; unde ſi ſecundo emptori quædam accedant, quæ primo non acceſſerit, prior venditio valet, dum tamen res de novo accedentes pluris, vel ſaltem non minoris ſint, quam quo pluris poſteà fundus venierit, cum nihil videatur perveniſſe ad venditorem, licet auctum ſit pretium, cum pro ea addictione aliquid dederet, quod non minoris valeat. Secùs verò eſſet, ſi res quæ accedunt minoris eſſent, cum in eo caſu non poſſit non videri melior oblata conditio, unde in *l. ſi prædio 15. §. ſi fundus 1. hoc tit.* in illo verſic. *quaſi melior conditio allata non ſit, ſi minoris ſint*, legendum eſt, *ſi minoris non ſint*, admiſſa negatione vulgatæ editionis quam non babent Florentini codices; nam præterquam quod negari non poteſt, meliorem conditionem allatam eſſe, ſi pretium adjectum excedat valorem rei accedentis, ipſe Pomp. in *d. §. ſi fundus in princip.* expreſsè id ipſum docet, valere primam exceptionem, quo caſu res quæ accedunt non minoris ſint, quàm quò pluris poſteà fundus venierit: ita enim loquitur conſultus, *ſi non minoris ſint hæ res, quàm quò pluris poſteà fundus venierit:* Colligitur ergo manifeſtè omiſſam negationem ſupplendam eſſe niſi velis (& quidem non ineptè) faciliori emendatione admiſſa ita legere, *quaſi melior conditio allata non ſit, ſi minoris ſit*, mutata tantùm terminatione ſeu numero, ut ſenſus ſit primam venditionem valere, ſi res accedentes minores non ſint; quaſi non videatur melior allata conditio quæ minoris ſit, quàm quo res adjectæ valent, hoc eſt quæ non ſuperet, nec excedat æſtimationem rei accedentis. Verùm enim verò ſi non dolo venditoris, ſed bona fide quædam ſecundo emptori accedant,

quamvis non minoris ſint, quàm quo pluris fundus venierit, prior venditio reſolvitur; veluti ſi venditor conſcientia forte, vel affectione, ſeu aliqua utilitate ductus ſecundo emptori fundum addixerit *l. fundo* 19. *hoc tit.* ubi in ulrimis verbis loco illorum quæ habentur in Florentinis, *priori venditori facta ſit adjectio*, legunt aliqui *poſteriori emptori facta ſit adjectio*, quos meritò reprehendit ibidem Antonius Faber *in rationali*, qui legit *priori venditori facta ſit adjectio*; quæ lectio licet optimum includat ſenſum, peccat in emendationis vitium, quod ſi poſſibile eſt, ſemper ut nefas fugiendum eſt; quare arridet communis lectio, quæ etiam placuit Accurſio, ubi *priori venditori*, qui reſpectu duplicis venditionis potuit, quamvis ſit unicus, non inconcinnè prior nuncupari.

7 Similiter non reſolvitur primus contractus, quamvis melior conditio afferatur, niſi ſuper ipſa re vendita fiat adjectio; unde ſi res vendita interciderit, vel ea deceſſerit, nec fructus vel partus nomine admittitur adjectio, quia ad alterius rem quàm quæ diſtracta eſt, nequit admitti adjectio *l. ubi autem* 4. §. 1. *hoc tit.* Nec adverſatur quod ex duobus ſervis 20. venditis, uno mortuo, ſuperſtitis nomine poteſt adjectio recipi *d. l.* 4. §. *idem Julianus* 2. quia in iſto caſu ſuperſtes ſervus fuit æquè principaliter venditus, unde nihil mirum, ſi admittatur adjectio: verùm neceſſe erit, quod totum pretium utriuſque ſervi augeatur, id eſt quod ſupra 20. adjiciat emptor, pretium namque venditionis indiviſibile eſt *l. fiſtulas* 78. §. *qui fundum* 2. *de contrah. empt.* item emptionis cauſa æque indiviſa eſt *l. Julianus* 13. §. *offerri* 8. *de act. empt. l. cum ex cauſà* 139. *de verb. obl.* docet Faber in *d. l.* 4. §. 1. & 2. *hoc tit.* Deinde non reſolvit primam emptionem melior allata conditio, ſi intra præfixum diem ſupra eam adjiciat primus emptor, tum quia ex verbis conventionis non intelligitur melior conditio quæ ab adjectione facta ſuperata eſt, tum etiam quia adjectio primi emptoris nequit citra fraudem, & ipſius injuriam abjici *l. licet* 7. *hoc tit.* quod adeò verum eſt, ut teneatur venditor meliore conditione allata primum emptorem certiorem facere, ut poſſit, ſi velit, adjectione facta alium vincere; namque bona fides contractus primum emptorem, utpote dominum rei ſaltem revocabilem, præponendum ſuadet *l. neceſſe* 8. *hoc tit.* docuit Ant. Faber in *d. l.* 7. & 8. *hoc tit.* Donellus *d. lib.* 16. *cap.* 18. *verſ. quarta conditio.* Valentia *d. lib.* 7. *tract.* 4. *cap.* 2. *num.* 4. Sed adverte primum emptorem in hoc caſu non ex primo contractu, qui reſolutus eſt, dominum effici, ſed ex ſecundo *l. item* 6. §. *ult. hoc tit.* ubi Anton. Faber.

8 Quæri tamen ſolet an ſi ille cui res vendita fuit ſub pacto addictionis in diem paratus ſit idem pretium offerre, quod ſecundus licitator obtulerat, ſit præferendus? in quâ quæſtione communis ſententia placet, quæ tenet non poſſe primum licitatorem idem pretium offerentem præferri ſecundo, niſi plus licitatus ſit ex eo, nam ſemel addictione reſoluta venditio priùs facta ita remanet, tanquam ſi facta non eſſet, cum recedatur à primâ, & ad ſecundam perveniatur *l. ſi venditor* 14. §. 1. *hoc tit. cum ſimilibus*, ergo nullum jus relinquitur primo licitatori ex quo poſſit tantùm offerens rem retinere; quippe quod nullum eſt, nullum poteſt producere effectum. Deinde expendo jura in hanc rem expreſſa in *d. l. item quod* 6. §. *fin. cum legibus ſequentibus hoc tit.* ubi dicitur poſſe venditorem meliori allata conditione rem addicere poſteriori, niſi prior paratus ſit plus adjicere; ergo ad hoc ut prior admittatur, neceſſe eſt ut plus adjiciat, non verè eamdem quantitatem ſolvens ferre debet, docent ita communiter plures quos ſequitur D. Amaya ad *l.* 1. *Cod. de jure haſtæ fiſcalis lib.* 10. *num.* 26. *cum ſequentibus* contrariam opinionem tenent Ceballos 3. *lib. commun. quæſt.* 756. *num.* 65. Gutierrez *lib.* 1. *pract. quæſtionum quæſt.* 38. *num.* 6. & de Gabellis *liq.* 7. *quæſt.* 140. *num.* 10. & *ſequentibus* qui duplicem in hanc rem expendunt authotitatem. Primò inducunt textum in *l. congruit* 4. *Cod. de locatione prædiorum civil. lib.* 11. cujus hæc ſunt verba: *congruit æquitati ut veteres poſſeſſores fundorum publicorum novis conductoribus præferantur, ſi facta per alios augmenta ſuſcipiant*: quod etiam dicitur in *l. fin.* §. *ſi verò eod. tit.* ergo primus licitator idem pretium offerens debet omninò præferri ſecundo. Verùm reſpondeo cum Amayâ *ubi nuper num.* 30. *cum duobus ſequentibus* textum in *d. l.* 9. accipiendum eſſe de locatione, quæ fit à colonis perpetuariis de rebus fiſcalibus, ſeu patrimonii Principis, quibus locationibus vi utile dominium acquiritur *l.* 1. & *fin. ſi ager vectig.* quod ad alios transferre poſſunt *l. fin. C. de locatione prædiorum civil.* itaque ideò colonus perpetuarius, ſi ab altero offeratur augmentum, poteſt pro eo pretio rem habere, quia ipſi jus retentionis permittitur, quæ ratio ceſſat in venditione facta ſub pacto addictionis in diem, cum ſemel allata meliore conditione jus omne recedat ipſo jure à primo licitatore.

Secundò expendunr textum in *l. ſi in emptio-* 9
nem 35. *de minor.* ubi Hermogenianus ſcribit, quod ſi in emptionem penes ſe collocatam minor adjectione ab alio ſuperetur; implorans in integrum reſtitutionem, audiri debet, ſi probet ſua intentione rem illam emptam fuiſſe, veluti quod majorum ejus fuiſſet, dum tamen quod ex licitatione acceſſit, offerat venditori: tum ſic: Reſtitutio quæ conceditur minori nihil aliud ei præſtat, niſi ut in ea conditione ſit in qua eſſet, ſi læſus non fuiſſet *l. unic. de repudiat: quæ ſunt in judicio in integrum reſtit.* Sed impetrata reſtitutione minor primus licitator idem pretium offerens præfertur ſecundo: ergo ante elapſa tempora adjectionis recipiendæ poterat idem offerens ſecundo licitanti præferri: conſequentia patet; nam alioqui plus juris habebit minor *l. ſed etſi* 26. §. *quoties* 8. *quibus cauſis major.* Verùm reſpondendum eſt eum textum propriam & ſpecialem habere rationem in cauſa reſtitutionis in integrum, quæ minori datur, non quod hac parte minor ſit favorabilior majore, ut pro eodem pretio poſſit vincere collicitantem, quamdiu tempora adjectionem patiuntur; ſed quia poſt elapſum licitandi & adjiciendi tempus, ſi in hoc ipſo læſus ſit, quod ſe vinci paſſus eſt, reſtitui in integrum poteſt beneficio ætatis; eumque ea reſtitutio nonniſi poſt adjectionis tempora impetretur (quia nec antè læſus minor videri debet) non aliud ſanè pretium minor offerre cogendus eſt, quàm quod à ſecundo licitatore conſtitutum eſt, tum quia non poteſt pluris intereſſe venditoris, qui non niſi tanti æſtimavit re ſua carere, tum etiam quia addictionis in diem factæ verba non patiuntur, ut poſt eam diem adjectio ali-

qua recipiatur, novâque ad eam rem conventione ad novum diem dicendum opus eſſet: itaque non reſtituitur minor adversùs lapſum temporis, ſed adversùs amiſſam adjectionem: docet Ant. Faber *de err. prag. decade* 23. *err.* 3. Notandum tamen eſt ideò in propoſito minori concedi in integrum reſtitutionem, quia cum per adjectionem factus eſſet jam Dominus & poſſeſſor, quod ſignificant verba illa *d. l.* 35. *penès ſe collocatam*, non poteſt negari, quin damnum faciat, ſi eam rem amittat; amittit autem cum patitur meliorem conditionem ab alio offerri, quia hoc ipſo res ſit inempta. Unde aliud dicendum eſſet, ſi nulla addictione præcedenti inceptum eſſet à licitatione, ut vulgò fit in publicis auctionibus; tunc enim licet minor ab alio plus offerente fuerit ſuperatus, non eſt audiendus, ſive velit præferri poſteriori licitatori tandem offerendo, ſive velit admitti ad novam licitationem; quia minor qui licitatione vincitur in auctione rei nondum venditæ, & quam ipſe non habet, nihil amittit, ut ſubtiliter animadvertit Faber *in rationali d. l.* 35. *de minor.*

10 Rursùs nec melior allata conditio primam emptionem reſolvere poteſt, niſi admiſſa fuerit à venditore cui liberum eſt eam reſpuere & abjicere; nam quamvis ex vi conventionis quæ dat legem contractui *l.* 1. *§. ſi convenit* 6. *depoſiti. l. in conventionalibus* 52. *de verb. obl.* quam bona fide ſervari expoſcit *l. venditor* 13. *commun. prædior.* ipſo jure reſolutus videatur contractus exiſtente conditione, tamen cum pactum addictionis in diem venditoris favore ſit inductum, ut patet non abſolutè, ſed mediatè illius voluntate reſolvit, quod idem etiam eadem ratione contingit in venditione facta ſub pacto commiſſorio *l.* 2. *&* 3. *de leg. commiſſ.* ſi ergo eo uti nolit venditor, quod ei licet quemadmodum alio quolibet jure ejus gratia introducto *l. ſi judex* 41. *de minor. l. pactum* 46. *de pactis l. pen. C. eod.* conſiſtit prior venditio, cum voluntas ex qua pendet reſolutio, eam non admiſerit, quin offendantur verba conventionis; melior namque conditio illa videtur, quæ magis placet venditori *l. Sabinus* 9. *hoc tit.* dummodò nihil venditor faciat in præjudicium primi emptoris, veluti ſi in prima venditione appoſitum fuerit pactum, ut meliore ab alio allata conditione liceat emptori à contractu recedere & reſilire *d. l. Sabinus* 9. *hoc tit.* nec etiam in fraudem alterius tertii, veluti ſi creditor pignus cum pacto addictionis venditum non addicat ſecundo emptori plus licitanti; nam bona fides quæ ſervari debet in contractu pignoratitio *l. quæ fortuitis* 6. *C. de pignor. act.* exigit præcisè quod admittatur adjectio, ne fiat fraus debitori, cui ſuperfluum pretii reſtituere tenetur creditor actione pignoratitia, ſi plus ſit in pretio quàm in debitu, id eſt, ſi plus accipiat ex pretio rei venditæ, quàm ipſi debetur *l. ult. C. de diſtrac. pign. l. ult.* 6. *ſi venditio pign. agatur.* non mirum ergo quod nequeat in debitoris præjudicium meliorem oblatam conditionem reſpuere creditor *l. ſed ſi proponatur* 10. *hoc tit.* docet Ant. Faber in *d. l.* 9. *&* 10. *hoc tit.* Cujacius *lib.* 13. *ff. Juliani in d. l.* 10. Donellus *d. lib.* 16. *cap.* 18. *verſ. quinta conditio.*

11 Superior hæc doctrina locum habet in venditione facta ſub pacto addictionis in diem, non verò in venditione facta in publica ſubhaſtatione, in qua primus licitator liberatur per oblationem melioris conditionis, dummodò ſecundus licitator idoneus ſit. Ratio diſcriminis pendet ex eo quod pactum addictionis in diem, ut nuper dicebam, adjicitur prorsùs in favorem & utilitatem venditoris, ut oblata meliori conditione alteri vendere poſſit, & contractus jam perfectus reſolvatur, proindeque in ejus arbitrio eſt meliorem allatam conditionem admittere, vel reſpuere; at in venditione facta in publica ſubhaſtatione nihil magis cum primo quàm cum aliis geſtum cenſetur; imò ex qualitate rei & conſuetudine ſemper magis admittitur qui plus offert, *l. penes illum* 4. *C. de vectigal. & commiſſ.* unde rectè ſtat primum licitatorem meliori allata conditione liberari: nec tunc obſtat ex eo ſequi primum licitatorem fraudulosè poſſe ſubmittere alium non idoneum, ut ſe liberet, nam tunc poteſt venditor non idoneum licitatorem non admittere, & ſi fraus primi probetur, actio contra eum ad totum id quod intereſt competit *l. ſi venditor* 14 *§.* 1. *hoc tit.* juxta dicta *ſupra num.* 2. tradit hanc elegantem diſtinctionem, pluribus Antiquorum ſententiis rejectis, Arias Pinell. in *l.* 2. *C. de reſcind. vend.* 2. *parte. cap.* 2. *num.* 29. *cum duobus ſequentibus*, qui meo judicio hanc rem feliciùs explicat, quàm D. Amaya in *l.* 1. *C. de fide & jure haſtæ fiſcalis. num.* 19. *cum ſequentibus.*

Ex nuper dictis colligitur illam videri meliorem conditionem, quæ magis venditori placet, niſi verſetur aliquod inconveniens, quod adeò vetum eſt, ut locum habeat, etiamſi minùs idoneum emptorem elegerit venditor, vel eum qui nullo jure, vel naturali tantùm obligari poſſit, veluti ſi admiſerit adjectionem factam ab eo qui ſolvendo non eſt *l. ſi venditor* 14. *in fin. principii hoc tit.* Ea namque videtur melior conditio quam venditor comprobavit, cui licuit objicere, quia quiſquis debitorem admittit, quamvis inopem, bonum nomen facere creditur *l. inter cauſas* 26. *§. abeſſe* 2. *mand. l. qui debitorem* 14. *de fidejuſſ.* aut ſi pupillo ſine tutoris authoritate ementi addixerit, quippe etiam diſceditur à priori emptione, conſentiente venditore *d. l. ſi venditor* 14. *§. ſed ſi pupillus* 1. *H. tit.* nam quamvis in iſto caſu emptio ex parte pupilli non teneat *l. Julianus* 13. *§. ſi quis à pupillo* 29. *de act. empt.* quia pupillus vel naturaliter tantùm, ut volebat Accurſius, vel nullo jure tenetur, ut docet Faber *in rationali ad d. l.* 14. *§.* 1. *hoc tit.* & ad *d. §. ſi quis à pupillo* 29. ſubſiſtit tamen contractus ex latere alterius, ſcilicet venditoris *d. §.* 29. ideòque valet; pupillus namque licet non obligetur, alium tamen ſibi obligare poteſt, ne favor illi conceſſus in ejus odium vertatur contra *l. pen. Cod. ad Trebell. l. non eo* 14. *C. de procur.* ſubſiſtente igitur venditione ex parte ſaltem venditoris nihil mirum, quod prima emptio reſolvatur *d. l.* 14. *§.* 1. *hoc tit.* Idem contingit ſi ſervus alienus pluris licitetur, ſi illius adjectionem recipiat venditor *d. l.* 14. *§.* 1. quia licet ſervi naturaliter tantùm obligari valeant *l. nec ſervus* 41. *de peculio. l. ſervi* 14. *de oblig. & act.* venditorem tamen ſecum contrahentem civiliter obligant, non quidem ſibi, ſed Domino cujus conditionem meliorem facere poſſunt, deteriorem verè nequeunt *l. melior* 133. *de reg. jur.* Nec diſtinguimus utrum alienum ſcierit, an putaverit liberum eſſe, quia utroque caſu 12

valet

Digitized by Google

valet emptio, & eſt efficax ad reſolvendam primam. Nec officit in hoc ultimo caſu non poſſe emptionem ſubſiſtere ex defectu conſenſus, cum ſit contractus qui conſenſu perficitur, *princip. inſt. de empt. & vend. §. unico inſt. de oblig. ex conſenſu. l. 1. §. ult. de contrah. empt.* qui nequit in errante conſiderari, cum nihil tam contrarium ſit conſenſui, quàm error *l. ſi per errorem 15. de juriſd. omn. Jud. l. nihil 116. §. ult. de reg. jur.* quia error iſte conditionis ſeu ſtatûs emptoris non poteſt nullam efficere venditionem, quæ etiam celebrata cum ſervo alieno valeret, ut nuper dicebamus: nihil ergo intereſt an ſcierit ſervum alienum, an liberum putaverit, quia utroque caſu tenebit emptio, & priorem reſolvet. Secùs verò contingit ſi ſervo proprio, vel filio quem in poteſtate habet, addixerit. In his namque caſibus non reſolvitur prima emptio, quia ſecunda non tenet; non quia non oriatur naturalis obligatio inter Dominum & ſervum, patrem & filium-familias *l. nec ſervus 41. de pecul. l. frater de condict. indeb.* Ant. Faber *lib. 20. conject. cap.* 20. Donell. *lib. 14. cap. 19. ubi Oſſul.* Valent. *lib. 1. illuſtr. tr. 4. cap.* 8. Cujacius *lib. 9. quaſt. Afric. in d. l.* 38. ſed quia nequit produci ulla actio civilis, ſine qua non valet ſubſiſtere contractus, nullius momenti eſt adjectio facta ſervo ſuo, vel filio in poteſtate exiſtenti *d. l. 14. §. 1. hoc tit.* quemadmodum ſi Domino rei per errorem facta fuiſſet *d. §. 1. in fin.* quia rei propriæ emptio non valet præſertim ab ignorante facta *l. 16. de contrah. empt.* docent Faber in *d. l. 14. verſ. ſed ſi neuter. & §. 1.* Donell. *d. lib. 16. cap. 18. verſ. quinta conditio.*

13 Requiritur deinde ut prima emptio reſolvatur meliore allata conditione, quod totam admittat venditor; nam partem ſolum recipiendo nihil agit, veluti ſi cum totum fundum alicui vendiderit, poſteà pretio adjecto dimidiam illius partem alii addixerit *l. quod ſi uno 13. hoc tit.* quia cum prima emptio ſit indiviſa *l. cum ex causâ 139. de verb. obl.* nequit pro parte valere & pro parte reſolvi; manebit ergo tota res empta priori emptori, id eſt ſervatur in perſona plurium venditorum; nam ſi ſupponamus quod tres domini ejuſdem fundi illum alicui ſub pacto addictionis vendiderunt, & duo ex illis ſecundo emptori plus adjicienti addixerunt, unus tamen adjectionem non admiſit, totus fundus apud priorem emptorem remanebit, cum nequeat ſeparari individua cauſa emptionis. Cæterùm in iſto caſu adhibenda eſt differentia & diſtinctio: aut enim uno pretio fundus ab omnibus priori emptori venditus eſt, aut variis & diverſis pretiis: primo caſu procedit aſſertio noſtra, quia indiviſibilis eſt emptio, quæ non valet diſcerni & ſeparari, ideòque totus fundus videtur primo emptus. Secundo verò caſu partes duorum venditorum qui ſecundo addixerunt, ei acquiſitæ erunt, reſoluta nimirum reſpectu duorum venditione, pars verò alterius qui reſpuit adjectionem, penès primum remanebit, conſervata prima emptione reſpectu illius, quod non inauditum, ſed regulis juris conforme videri debet, quia cum venditionis ſubſtantia conſiſtat ex pretio *l. pacta 72. de contrah. empt.* tot ſunt emptiones quot ſunt pretia, præſertim à pluribus venditoribus conſtituta; maximè ſi vendentium partes diſpares fuerint; cum ergo plures adſint venditiones, non eſt inconveniens, quod duæ reſolvantur, altera verò perſiſtat: docent conſulti in *l. quod autem 11. §. ult. l. etſi 12. l. quod ſi uno 13. hoc tit.* Faber *in rationali.* Donellus *d. lib. 16. cap. 18. verſic. quinta conditio.*

Rurſùs neceſſe eſt quod ſecundo emptori qui 14
meliorem attulit conditionem res addicatur ſecurè, id eſt purè irrevocabiliter; etenim ſi res ſecundo addicatur, cum novo pacto addictionis in diem, ſtatim res efficietur primi emptoris ex ſententia Sabini, cum non videatur extitiſſe conditio, re non ſecurè, non irrevocabiliter, ſed ſub novo pacto ſecundo addicta *l. quod autem 11. hoc tit.* quæ ſententia ſolidis nititur fundamentis. Primò quia non videtur melior allata conditio, dum res ſecundo emptori non addicitur irrevocabiliter, ſine metu reſolutionis. Secundò quia ex hac ſecunda venditione illud maniſeſtè ſequitur inconveniens, ut nullus ſit vendendi finis, & quod res abeat in infinitum, ſi venditori licet rem jam uni in diem addictam, alii rurſùm in diem addicere, & iterùm alii; manebit ergo ſtatim efficax prima emptio, inſuper habita ſecunda venditione. Propter prædictas rationes concludebat Sabinus, cujus ſententiam eo addito temperamento quàm optimè interpretatus eſt Julianus *lib. 15. ff. in d. l. 12. verſ. ſed Julianus* ab Ulpiano receptus: aut enim, inquit, inter contrahentes actum fuit in prima venditione, ut liceret fundum alii ſub novo pacto addictionis in diem addicere, aut nihil de hoc actum eſt: namque in hoc caſu vera eſt Sabini ſententia, in illo autem minimè; quia cum in emptis & venditis id obſervetur quod actum eſt *l. ſed Celſus 6. §. 1. de contrah. empt.* propter vim hujus conventionis ſuſtinebitur ſecunda venditio, dummodo ſecunda vel tertia ſaltem venditione diſcedat dominium à primo emptore; quia in hac re, ſicut & in aliis, ternario numero negotium concluditur, ne res abeat in infinitum *l. ad peremptorium 68. de judic.* Verùm non priùs diſcedit dominium à primo emptore, quàm res ſecurè & irrevocabiliter ſecundo addicta fuerit, quia hoc tantùm caſu videtur exiſtere conditio, & reſolvi prima emptio, non antè; cum nequeat abire dominium à primo emptore, priùſquàm irrevocabiliter ſecundo acquiſitum fuerit, docent Ant. Faber *in rationali ad d. l. 12. hoc tit.* Donell. *d. lib. 16. cap. 18. verſ. ſexta conditio.*

Denique non reſolvitur prima emptio, quam- 15
vis melior conditio allata fuerit, ſi non conſtet cujus rei gratiâ adjecta; qui caſus in unica re vendita expeditus eſt: ſed dubius eſſe poteſt pluribus rebus venditis, veluti ſi duobus ſervis ſeparatis dominis venditis, extiterit qui triginta offerat, nam ſi non apparet utrùm pro hoc an pro illo, vel ſimul pro utroque facta ſit adjectio, non videbitur à prima emptione diſceſſum; cum incertum ſit an fuerit adimpleta conditio, quod neceſſe erat ad reſolutionem primæ venditionis, ut patet. Et ſi dicas jus in præſenti non deficere, deficit tamen probatio, quod ſatis eſt *l. cum duo 17. hoc tit.* ut in aliis multis caſibus. *l. duo ſunt Titii 32. de teſt. tutela. l. in tempus 62. §. 1. juncta l. qui ſolvendo 41. de hered. inſt. l. ſi fuerit 10. de reb. dubiis cum aliis* quos refert Faber in *d. l. 17. hoc tit.*

CAPUT III.

De effectibus reſolutionis quæ inducitur ipſo iure, ex vi pacti addictionis exiſtente conditione.

1 EMptio & venditio facta cum pacto addictionis in diem, deficieiue conditione, id eſt, meliore non allaia condirione, eo modo quo ſuperiori capite expoſuimus, ſtatim tenet, valet, ſubſiſtit, & à tempore iniri contractus efficax reputatur, ſi purè celebrata fuit, vel ex tunc cum defecta eſt conditio, ſi conditionalis fuit *l. 2. l. item quod dictum 6. l. Imperator 16. hoc tit. l. hac venditio 7. de contrah. empt.* quod etiam contingit in emptione celebrata ſub pacto commiſſorio. *l. lege 5. l. de lege 6. in princip. & §. ult. l. poſt diem 7. de lege commiſſoriâ* docent Ant. Faber *in rationali ad dictas leges*, Donellus *lib. 16. cap. 18. §. ult.* Cæterùm ſi exiſtat conditio melioris conditionis, illicò prima emptio reſolvitut ipſo jure vigore pacti, cujus eſt ideò ingens poteſtas, ut deleat penitùs imaginem contractûs, & illius conceptum prorsùs tollat, & titulum reddat ad non titulum, nullumque contractum præcisè ſupponatur, quod ex nuper citatis juribus ſatis apertè conſtat, & ex *l. ubi autem 4. §. ſed & Marcellus 3. hoc tit.* docent Faber & Donellus *ubi ſuprà.* Oſſuald. in *d. loco* Donelli citatus *litt. C. & D.* Nec mirum hoc videri debet; nam præterquàm quod hæc pacta in diem addictionis, & commiſſorium tempore ipſius contractûs placuerunt, & in ipſo incluſa ſunt; & ob id portio contractûs reputatur, & æquè cum ipſo efficacia ſunt *l. paciſci 31. de pactis. l. pacta 72. de contrah. empt. l. 1. §. ſtipulatio de prætor. ſtipul. l. fundo 79. de contrah. empt.* etiam adjecta fuerunt in traditione rei propriæ, quod ſufficit ut pactum aliàs inefficax valeat *l. in traditionibus 48. de pactis l. venditor 13. commun. prædior. l. pen. 6. depoſiti*, docent Retes *lib. 2. opuſc. ſect. 4. cap. 1. num. 7. & 8. & cap. 2. num. 6.* Ant. Faber *in rationali ad l. 2. hoc tit. in fin.* Donellus *d. lib. 16. cap. 19. verſic. ac de addictione.* Nihil mirum ergo quod hoc pactum addictionis, & commiſſorium etiam, tanti ſit ponderis, ut contractum ipſo jure reſolvat, illius imaginem omninò abolendo.

2 His tamen graviter adverſatut difficilis textus in *l. in faciendo 67. §. cum ſervus 3. de furtis*, ubi proponit Celſus ſervum venditum fuiſſe, & quaſdam res emptori ſurripuiſſe; & poſteà inemptum factum, ſupponamus ex pacto addictionis, vel commiſſorio, ac venditori redditum. Quæritur an poſſit emptor furti actionem exercere contra venditorem? Negat conſultus, ex qua hypotheſi ſic argumentor: Ratio ob quam in præſenti denegatur actio furti emptori, ea præcisè eſt, quia dominus fuit ſervi ſurripientis; quod patet, quia docet conſultus ob id actionem furti non competere, quia furtum factum fuit antequàm ſervus venditori redderetur, id eſt reverteretur in poteſtatem venditoris; ſed ſic eſt, quod reſoluta emptio fuit, ut conſtat apertè, quia ſervus inemptus proponitur: ergo reſolutio non delet contractus imaginem, quia ſi hoc efficeret, ſupponamus emptorem nunquam ſervi Dominum fuiſſe, titulo nimirùm deficiente vigore reſolutionis, ac per conſequens nihil impedimento eſſe, quominùs actiones furti experiretur; cum ergo contrarium affirmet Celſus, dicendum videtur reſolutionis poteſtatem non adeò efficacem eſſe, ut valeat tollere conceptum contractûs adverſus ea quæ aſſeruimus *ſuperiori numero.* Verùm difficultati dupliciter reſpondeti poteſt, primo aſſerendo ſervum in §. 3. non fuiſſe inemptum factum ratione pacti in diem addictionis vel commiſſorii, ſed ratione redhibitionis; quod manifeſtè conſtat ex eo, quià nullam mentionem facit Celſus de ullo ex his pactis, & quia verbum illud *redderetur* ſatis demonſtrat loqui Celſum de redhibitione, cum apertè denotet neceſſarium eſſe factum, & traditionem emptoris, ut revertatur ſervus in poteſtatem venditoris, qua traditione opus non eſſet, ſi fieret reſolutio ex vi pacti addictionis vel commiſſorii, ut infrà latè fundabimus; cumque redhibitio reſolvens contractum, illius imaginem non deleat, nec eum non præceſſiſſe abſolutè ſupponat *l. ſervi 17. §. cum autem ſervus 2. de furtis l. ſi hominem 19.* juncto ibi Cujacio in *recitatione de uſucapione l. ſi debitor 4. quibus mod. pign. vel hypoth. l. redhibere 21. l. cum autem 23. §. quare 8. juncto §. 7. l. Bovem 43. §. pignus 8. l. facta 60. de ædil. edict. junctâ l. 4. §. ſed & Marcellus 3. hoc tit.* ubi docet Faber *in rationali* nihil mirum quod ceſſet actio furti, cum ſervus fur in Dominio emptoris extitiſſet, quo tempore ſurripuit, quamvis ejus eſſe deſiiſſet poteſtate redhibitionis; nulla quippe actio naſci poteſt inter Dominum & ſervum *l. nec cum filio 16. l. ſervi 17. de furtis*; nec ſi alienatus, vel manumiſſus fuerit *d. l. 17. §. 1.* meritò ergo denegatur actio furti emptori in *d. l. 67. §. 3.* ob prædictam rationem quam mirificè exponit, & apprime veram oſtendit textus in *d. l. 17. §. 2. de furtis.* Secundò tentari forſan non abſurde poteſt textum in *d. §. cum ſervus 3.* intelligi poſſe de venditione facta cum pacto addictionis, vel commiſſorio; nec tunc obſtabit dicere quod reſolutio in iſto caſu, prorsùs delendo imaginem contractûs, ſupponit præciſe emptorem nunquam ſervi Dominum fuiſſe, unde nequit non competere ei actio furti adversùs venditorem; nam cum hæc actio nunquàm nata fuerit ratione dominii ſaltem revocabilis, quod penes emptorem tunc temporis reſidebat, non poteſt ex poſt facto ei concedi, quia reſolutio ea tantum reſtituere valet, & circa ea ſolum operatur, quæ vere medio tempore intervenerunt, ut puta fructus, & alia id genus *l. ubi autem 4. §. ſed & Marcellus 3. l. item 6. l. Imperator 16. hoc tit.* in quibus Ant. Faber: at actio furti nulla interceſſit quæ orta nunquam fuit; nequit ergo reſtitui emptori, quia actiones quæ ab initio non ſubſiſtunt, nec producuntur, non ſolent ex poſt facto accommodari *d. l. 17. §. 1. de furtis l. cum ſervus 39. §. 9. l. cætera 41. §. tractari 2. de leg. 1. l. Mævius 66. §. fundo in fin. de legat. 2. §. ſed ſi rem 10. inſt. de legat.* cum ergo actio furti non fuiſſet à principio nata, nihil mirum quòd nec virtute reſolutionis produci poſſit.

Ex dictis facilè colligitur quod quamvis emp- 3
tor venditione purè celebratâ cum pacto addictionis vel commiſſorio, interim fructus ſuos faciat, tanquam vetus Dominus *l. item 6. l. Imperator 16. h. tit. l. 5. de lege commiſſoriâ.* Itemque fructuum acceſſiones *l. 2. §. ult. h. tit. d.*

Digitized by Google

l. 6. §. 2. de lege commiſſ. & uſu capere poſſit rem venditam, alienam ſcilicet *l. ubi autem 4. h. tit. l. 2. §. ſi in diem 4. pro empt.* & rei emptæ periculum ad eum ſpectat tanquam Dominum *d. l. 2. §. ult. cum l. ſeq. hoc tit. §. cum autem 3. inſt. de empt. & vend.* tamen meliore allata conditione, vel pretio ad diem non ſoloto, hi omnes effectus evaneſcunt, taliter ut omnes fructus & acceſſiones acquiſiiſſe, ſcilicet jure ſoli & Dominii, quo fructus quæruntur *l. qui ſcit 25. §. 1. de uſuris*, nec poſſe ob id quod ſit Dominus, pejoris eſſe conditionis quàm bonæ fidei poſſeſſor *l. in bello 12. §. ſi quis ſervum 8. de captiv.* qui ratione bonæ fidei perceptos & conſumptos fructus, vel uſucaptos, ſuos facit irrevocabiliter *l. ſequitur 4. §. lana 19. de uſucap. l. 4. §. poſt litem finium regund.* eo ſolo reſpectu quia quoad fructus loco Domini eſt, *l. bona fidei 48. de acquir. rer. dom.* namque re inemptâ factâ per reſolutionem contractûs, nec ſupereſt titulus, nullusque fuiſſe vel præceſſiſſe unquam intelligitur, ſine quo nemo poteſt eſſe poſſeſſor bonæ fidei *l. bonæ fidei 109. de verb. ſign.* deficiente ergo titulo, nulla ratione poteſt emptor fructus retinere, imò debet eos ſtatim venditori reſtituere *d. l. 6. & 16. hoc tit. d. l. 5. & 6. de leg. commiſſ.* etiam conſumptos & uſucaptos, quia licet ab initio juſto Dominii titulo ſuos fecerit: ſcivit tamen ſe percipere eo titulo, qui poterat reduci ad non titulum, itemque poſſeſſio ad non poſſeſſionem; nec enim poſſeſſor factus fuiſſet ex venditione, niſi venditio ea lege celebrata fuiſſet, nec proinde uſucapiendi jus, nec cauſam ullam habuiſſet: nequit ergo reſtitutionem fructuum recuſare, quin hoc ipſo ſe in dolo & malâ fide conſtituat *l. 2. §. circà 3. de doli mali exceptione.* Advertendum tamen fructuum reſtitutionem faciendam deductis neceſſariis impenſis in eos factis, quæ omni in caſu ſemper deducuntur *l. ſi à non Domino 36. §. ult. de petit. hæred. l. fundus 51. fam. erciſc.* ad quarum retentionem conceditur emptori actio exempto *d. l. Imperator 61. hoc tit.* docent Ant. Faber in *rationali ad l. 2. §. ult. l. 3. & 4. l. 6. & 16. hoc tit. & ad l. 5. & 6. de leg. comiſſ.* Dooellus *d. lib. 16. cap. 18. ad finem.*

Verùm reſolutionis poteſtatem neceſſariam non
4 eſſe, ut emptor allata meliori conditione fructus refundere teneatur venditori, probare videtur textus in *l. ſtatu liber. 38. §. ult. ad l. falcid.* ubi ſervos in diem addictos in dominio venditoris, non emptoris eſſe ſcribit Hermogen. ergo falsò diximus aote allatam conditionem meliorem domitium rei in diem addictæ reſidere penes emptorem, & ob id neceſſariam eſſe poteſtatem reſolutionis, ut meliore allata conditione emptor fructus reſtituere cogatur venditori. Reſpondendum eſt quod licet res in diem addictæ ante meliorem allatam conditionem ſint in emptoris dominio, tamen ſingulari quodam jure, cum tractatur de lege falcidiâ, in dominio venditoris numerantur, quia ibi non tam de præciſſo rerum dominio, cujus ſit quæri poteſt, quàm de ipſarum æſtimatione; certum autem eſt re aliqua vendita ſub pacto addictionis in diem, aut ſub lege commiſſoria, debere venditorem omni modo aut rem habere, ſi fiat inempta, aut rei pretium & quidem majus, quam ſi res æſtimata eſt per venditorem, ſi fortè melior conditio aliqua offeratur, quemadmodùm & ſtatu liber, qui interim eſt hæredis pleno jure, quouſque libertatis conditio extiterit *l. ſi debitor 45. §. ult. de fideicommiſ. libert. l. generaliter 29. §. 1. qui & à quibus.* interim tamen familiam hæredis non auget, quantùm ad ponendam rationem legis falcidiæ *d. l. 38. in princip. ad l. falcid.* nimirum propter incertum conditionis & ſpem diſceſſuri ab eo quandoque Dominii, aut potiùs propter implicitum caſum libertatis, ut Paulus loquitur in *l. ult.* ſi ex ooſtrali cauſa agatur, docent Goveanus in *d. l. 33. ad l. falcid.* Ant. Faber in *rationali ad d. l. 4. §. 3. h. tit. circa finem & ad l. ſi quis 41. circà medium de rei vindicatione.*

Reſoluto ergo contractu poterit venditor petere ab emptore rem, ejuſque fructus & acceſſio-
nes, actione ex vendito, ex conſtitutione Severi & 5
Antonini *l. ſi fundus 4. de l. commiſſ.* quæ neceſſaria fuit, quia ante eos ſola actio *Præſcriptis verbis* competebat ex his pactis quæ reſolvebant contractum ex ſententiâ Proculi *l. ſi vir. 12. de præſcrip. verbis*, & Labeonis in *l. Labeo. 50. de contrah. empt.* quia ea ratione nitebantur; contractus non poteſt commodare pacto vim contra ſe ipſum; ergo licet pactum reſolutivum inſit contractui, tamen cum illam non formet, ſed deſtruat, non poteſt producere actionem ex ipſo contractu cui adjicitur; quare cum ſolemnis & uſitata deficeret, ad actionem *præſcriptis verbis* recurrendum eſſe dicebant. Verùm reſcriptis Severi & Antonini ſtatutum fuit ut ex pacto reſolutivo actio eadem oriretur, quæ naſcitur ex contractu cui adjicitur, quod benignè induxerunt denuò, nec vetus remedium aut veterem actionem *præſcriptis verbis* ſuſtulerunt; ita novâ inductâ vetus actio permanſit; quæ ratio, quare utraque actio competat in hac ſpecie *l. 2. C. de pactis inter emptorem & venditorem d. l. 4. de lege commiſſ. l. Imperator 16. h. tit. junct. d. l. 12. de præſcriptis verbis d. l. 50. de contrah. empt. l. ſed Celſus 6. §. 1. eod. tit.* textus elegans in *l. ſi convenerit 6. de reſcind. vend.* ubi ſi res ita venierit, ut, ſi intra certum tempus diſplicuiſſet, redderetur, ait Paulus ex empto actionem eſſe, ut putat Sabinus, aut actionem in factum proximam empti actioni dari; ex quo conjectari licet ſuper hac re olim inter Proculum & Sabinum fuiſſe controverſiam, & Sabini ſententiam reſcriptis confirmaſſe Severum & Antoninum. Nec tunc obſtat ratio quam pro Proculo expendebamus, quia reſpondeo actionem ex empto competere, ooo tantùm ad implendum contractum, ſed ad diſſolvendum reſolvendumque *l. ex empto 11. §. ſi quis Virginem 5. cum ſeq. de act. empt.* ergo pacta hæc quæ deſtruunt contractum, licet illi non inſint propter illa quæ confirmat, inſunt judicio, quatenùs reſolvit, & quatenùs ad reſolvendum datur: formatur enim aliquando judicium ex reformatione & reſolutione contractûs, & pro hac parte naſcitur actio ex contractu ex pacto reſolutivo. Docent Donoellus in *lib. de præſcriptis verbis cap. 2.* Cujacius in recitatione ad *d. l. 12. de præſcript. verbis.* Alciat. *lib. 5.* Padox. *cap. 2.* Ant. Faber in *rationali ad d. l. 4. de lege commiſſoriâ & ad l. 16. hoc tit.* D. Retes *lib. 2. opuſc. ſect. 4. cap. 3. num. 9. cum 3. ſequentibus.*

Hæc autem adeò vera ſunt, quòd non ſolùm tenetur primus emptor omnes fructus & acceſ-
ſiones venditori reſtituere, reſoluto per alium 6
contractu, quando ſcilicet alter meliorem conditionem fecit *d. l. jam 6. d. l. Imperator 16. hoc*

tit. d. l. 5. & 6. §. 1. de lege commiſſoriâ ſed etiam eos refundere obligatus eſt, licet ipſe alterius adjectionem ſuperando pluris licitatus fuerit *d. l. 6. §. 1. hoc tit.* nam quamvis nec poſſeſſor nec Dominus eſſe deſierit, mutat tamen ſibi titulum dominii & poſſeſſionis, fitque Dominus ex ſecundâ venditione, cum eſſet anteà ex priore; nec enim vetat qoidquam mutare ſibi quam cauſam poſſeſſionis ob novum titulum ſupervenientem *l. non ſolùm 33. §. quod vulgo 1. de uſucap.* videndus Cujacius in *recit. & lib. 44. ff. Juliani.* Ant. Faber in *rationali ad d. l. 6. §. 1. hoc tit.* unde cum titulus primæ venditionis evanuerit per reſolutionem contractûs, nulla ſupereſt cauſa ob quam poſſit emptor fructus ſibi retinere: optimâ ergo cum ratione deciſum eſt in *d. l. 6. §. 1. hoc tit.* quod teneatur etiam in hoc caſu eos venditori reſtituere, niſi aliud conventum inter eos fuerit quod ſervandum eſt *l. ſed Celſus 6. §. 1. de contrah. empt.* Ant. Faber in *rationali ad d. l. 6. §. 1. hoc tit.* Huic tamen doctrinæ valdè fortiter opponitur textus in *l. ult. de jure fiſci*, ubi proponitur Valerium Patronium procuratorem fiſci ſeu Imperatoris, quædam prædia Flavio Stalticio certo pretio addixiſſe, deinde factâ per alium licitatione, eumdem Stalticium eâdem receptâ licitatione obtinuiſſe, ob idque in vacuam poſſeſſionem inductum fuiſſe. Quærebatur de fructibus medii temporis inter primam & ſecundam licitationem: Patronius fiſci eſſe volebat, è contra verò Stalticius ſuos eſſe affirmabat, tanquam qui idem fuiſſet primus & ſecundus emptor. Deciſum fuit vindemias quæ erant fructus de quibus controvertebatur, emptoris effici, ea ratione quia ante earum perceptionem addictio facta fuerat. Verùm novâ & ſubtili ratione dixerunt Pap. & Meſſius fructus colono auferendos non eſſe ne ei fiſcus teneretur, ideòque colonum fructus percipere debere, emptorem verò penſionem; ſecundùm quorum opinionem pronuntiavit Imperator. Rursùs quæſitum fuit de aridis fructibus, puta frumento, fabâ, fæno, ante addictionem perceptis. Reſpondit Imperator Triphonino ſuggerente, ut ſuprà reſponſum erat, ſcilicet penſionem ad emptorem pertinere, ſi ejus ſolvendæ dies tempore addictionis factæ nondum veniſſet.

In plurimis difficilis eſt textus in *d. l. ult. de jure fiſci.* 1°. qui docet fructus medii temporis
7 ad emptorem pertinere. 2°. Quia ſuppoſito quod ad emptorem ſpectent, ei non fructus, ſed penſionem præſtandam à colono deciditur: 3°. Tandem & maximè eqoidem quatenùs ex ſuggeſtione Triphonini etiam emptori præſtandam eſſe penſionem pro fructibus aridis ante ſecundam licitationem, & ante addictionem perceptis dicitur. Verùm primo dubio quod deductum eſt ex *d. l. ult.* facilè reſpondetur ob id ſcilicet, fructus inter primam & ſecundam licitationem (quæ in venditionibus factis à fiſco ſemper recipitur ob ſpeciale ejus privilegium *l. Lucius 21. §. fin. ad municip. l. univerſi 4. c. de fide & jure haſtæ fiſc. l. 1. C. de vend. reb. civitat.* D. Amaya in *d. l. 4.* & Cujacius *1. reſponſ. Pauli in d. l. 21. §. ult.* ut diximus in rubricâ) ad venditorem non pertinere, quia adhuc percepti non erant tempore ſecundæ addictionis; conſiſtebant quippe in vindemiis, quæ nec maturæ, nec ob id factæ fuerant, quo tempore intervenit ſecunda licitatio: benè ergo deciſum extat earum fructus non ad venditorem, ſed ad emptorem ſpectare, quia textus in *l. 6. & 16. hoc tit.* loquuntur ſolùm de fructibus jam perceptis tempore ſecundæ addictionis. Docet Cujacius in *recitatione ad. d. l. ult.* D. Amaya ad *l. 1. C. de fide & jure haſtæ fiſcalis num. 51. cum ſeq.* Nec tunc obeſt ſecunda difficultas, nam quamvis de jure communi poſſet emptor in propoſitâ ſpecie fructus ſibi percipere excluſo colono *l. emptorem 9. C. de locato. l. arbores 59. §. 1. de uſufr.* in favorem tamen fiſci novum & ſpeciale jus induxerunt Pap. & Meſſius ſecundùm quod pronuntiavit Imperator, hoc ſcilicet, quod penſio tantùm emptori à colono præſtaretur, fructibus penes eum remanentibus; quaſi hoc tacitè inter fiſcum & emptorem actum eſſet, ne aliàs excluſus colonus adversùs fiſcum ageret actione ex conducto. Quanti ſua interſit frui conductione prædiorum, docent Cujacius & D. Amaya *ubi nuper.* Tertiæ verò difficultatis reſolutio non ita expedita eſt; penſio namque fructuum aridorum, qui ante ſecundam licitationem percepti fuerunt, nullâ ratione emptori præſtari poſſe videbatur; nam præter quàm quod fructus quorum nomine ſolvitur penſio, nunquam ad emptorem pertinere potuerunt, ut pote percepti ante addictionem *d. l. 6. & 16. hoc tit. d. l. 5. & 6. de lege commiſſoriâ*, penſio nullo jure poteſt ad emptorem ſpectare, etiamſi ejus ſolvendæ dies nondum venerit tempore ſecundæ licitationis, ſi jam tunc fructus percepti ſunt, quia ei ſemper debetur, cui deberentur fructus non facta locatione *l. Julianus 13. §. in localis 11. de act. empt. l. defuncta 58. de uſufructu.* In quibus Ant. Faber *lib. 1. conjectur. cap. 13. poſt medium*: at locatione non facta venditori deberentur abſque dubio fructus ante ſecundam addictionem percepti, ergo & penſio debet ad eum pertinere.

Cui difficultati reſpondeo quod licet jure communi penſio ei ſemper debeatur cui deberentur
fructus non factâ locatione, etiam ſi ejus ſolven- 8
dæ dies nondum venerit, tamen ſpeciale jus ſervatur in re venditâ à fiſco in ſpecie textus in *d. l. ult.* ubi ex prædio vendito duplex fructus qoolibet anno percipiebatur, aridorum ſcilicet & liquidorum. Secunda venditio contingit poſt collectos aridos fructus, priùs tamen quàm liquidi perciperentur, & ſic ante vindemiam, & ante diem ſolvendæ pro utriuſque fructibus penſionis, emptor percipit penſionem cedentem pro fructibus liquidis perceptis poſt ſecundam venditionem, ex his quæ diximus in ſecundæ difficultatis ſolutione; percipit etiam penſionem cedentem poſt ipſam venditionem pro fructibus aridis ante eam perceptis, contra reg. *d. l. 13. §. 11. de act. empt. cum ſimil.* nam & hoc emptori privilegium datur in compenſationem damni quod patitur, ex eo quod cogitur ſtare colono fiſci; expeditum ſiquidem eſt ementem à fiſco non poſſe expellere colonum fiſci, ne is expulſus adversùs fiſcum agat, in cujus præjudicii compenſationem ex humanitate ei prædicta penſio præſtetur, eo rationis prætextu, quod duplex fructus qui ex uno prædio quotannis percipitur, pro uno & eodem reputatur. Elegans textus in *l. ſi fundus 8. §. 1. ſolut. matrim.* ergo cum duplex fructus, vindemiarum ſcilicet & aridorum, pro uno cenſeatur, & vindemiæ collectæ non eſſent tempore ſecundæ venditionis, licet fructus aridi percepti jam eſſent, meritò pronun-

tiavit Imperator utramque penſionem cujus ſolvendæ dies nondum venerat, emptori præſtandam eſſe. Meritò itaque conſultus in prædictâ quæſtione proponit venditionem perfectam fuiſſe ante vindemiam, quaſi vellet ea perfecta poſt vindemiam, omneſque illius anoi fructus collectos, etiam nondum cedente die penſionis ſolvendæ ad venditorem, non ad emptorem penſionem pertinere; nec enim jam ageretur de patientiâ emptoris, ut colono ſtaret, cum ea fructibus omnibus ita perceptis neceſſaria non ſit. Ita novum hoc ejus inductum ab Imperatore ad Tryphonini ſuggeſtionem contentum in *d. l. ult.* cujuſque difficultatem ex mente Bartholi mirificè explicat D. Covarrub. *l. 1. var. cap.* 15. *num.* 3. 4. *&* 5. quam refert ultimo loco poſt alios Petrus Barboſa in *d. l. divortio* 8. *in princip. 2. parte ſolut. matr. à num.* 85. & præcipuè *num.* 90.

9 Verùm valdè difficilis ſuperior doctrina circa fructuum traditionem tradita; ſcilicet quod fructus inter primam & ſecundam licitationem percepti debeant reſtitui venditori, quia reſoluto contractu per addictionem melioris conditionis, nullus remanet emptori titulus, virtute cujus poſſit fructus percipere, qui aliàs non exiſtente conditione ei acquireretur, ratione primæ venditionis, quæ deficiente conditione à principio pura & irrevocabilis cenſetur *d. l. item* 6. *l. Imperator* 16. *hoc tit. d. l. ult. de jure fiſci*, etenim ſecloſa poteſtate reſolutionis nequirent fructus medii temporis ad emptorem pertinere, etiamſi ſecunda venditio non tolleret conceptum primæ venditionis; ergo non rectè aſſeruimus fructuum reſtitutionem fundari in defectu tituli producto ex reſolutione. Antecedens ſic oſtenditur: ſi poteſtas reſolutionis cauſaret fructuum reſtitutionem, illud præcisè conſequens eſſet, quod primo contractu non reſoluto ex defectu conditionis fructus ad emptorem ſpectarent; at in hoc caſu nequeunt ei fructus acquiri, quia dominium illud medii temporis, ut pote revocabile, non eſt ſufficiens fundamentum in quo valeat conſiſtere fructuum acquiſitio. Ergo noo vigor reſolutionis, ſed defectus veri Dominii, quod jure irrevocabili non fuit medio tempore penes emptorem, fructuum reſtitutionem inducit. Ergo etiam non reſoluto primo contractu, hoc eſt prorsùs non abolito, nequeunt fructus ad emptorem pertinere. Corruit ergo ſuperior doctrina. Prob. minor deductâ paritate ex fructibus legatorum; nam fructus legatorum percepti inter mortem teſtatoris & aditionem hæreditatis, non ad legatarium, ſed ad hæredem pertinent, textus in *l. ult. cum l. &* 2. *C. de uſuris & fructibus legatis l. cum Servus* 39. *§. fructus* 1. *l. ſi tibi* 86. *§. cum Servus* 2. *l. ſi Servus* 108. *§. ſi Servus* 11. *l. nihil proponi* 20. *§. ult. de leg.* 1. *l. quod Servus* 38. *de leg.* 2. Ant. Faber *lib.* 7. *conject. cap.* 3. *&* 4. Cujacius in *recitatione ad d. l.* 39. *§. fructus* 1. *& ad l. legatarius* 38. *§.* 1. *de leg.* 1. *& ad* 1. *C. de uſuris & fructibus legat.* Donellus *lib* 8. *comment. cap. ult.* ubi Oſſuald. *litt. C.* Ant. Gom. 1. *var. cap.* 12. *num.* 5. at legatarius Dominus eſt à morte teſtatoris *l. legatum* 80. *de leg.* 2. *l. à Titio* 64. *de furtis.* & tamen quia illius dominium verum non eſt, nequit efficere, quod ei fructus medii temporis acquirantur. Ergo nec dominium emptoris, ut potè revocabile, hoc valebit efficere.

10 Cæterùm hoc ingenti dubio non obſtante, veriſſimum eſt quod ſuprà aſſeruimus, ſcilicet quod licet fructus medii temporis reſolutâ venditione non poſſint penes primum emptorem remanere ex defectu tituli, contractu tamen non reſoluto, apud eum jure optimo recidunt *d. l.* 6. *&* 16. *hoc tit.* quia dominium illod medio tempore inſtabile & revocabile defecta conditione, ſufficiens eſt ad fructuum acquiſitionem, cum verè dominium ſit, quamvis à principio revocabile *l. non ideò minùs* 66. *de rei vind.* & cauſam habeat à traditione ipſiuſmet Domini, ob idque omnes effectus veri Dominii juſtâ ratione producit *l. ubi autem* 4. *§. ſed & Marcellus* 3. *hoc tit.* cum ergo præcipuus effectus Dominii conſiſtat in fructuum acquiſitione *l. acquiritur* 10. *cum vulgatis de acquir. rer. dom. §. item ea* 7. *inſt. de rer. divis.* neceſſaria juris ratione tribuuntur emptori fructus medii temporis, poſtquam confirmatùs eſt Dominus irrevocabilis non exiſtente conditione. Nec nos turbat paritas deducta ex fructibus legatorum, qui ideò nequeunt acquiri legatario, quia inter mortem teſtatoris & aditionem hæreditatis non fuit veritate inſpectâ Dominus rei legatæ. Nec officit admiſſa retrotractione illum medio tempore Dominum exiſtimari, ſi non verum, ſaltem fictitium, cujus Dominii eadem debet eſſe poteſtas, ac veri Dominii, argum. textus in *l. filio quem pater* 23. *de liber. & poſth.* quippe domiorum illud nullum fuit à principio purum, ſed dependens ab aditione hæredis & agnitione ipſiuſmet legatarii; deinde quia non incepit à traditione rei, nec cauſam naturalem habuit, ob hoc poteſtas legis illud tantùm induxit quoad tranſmiſſionem, non verò quoad fructuum acquiſitionem: benè ergo ſtat, quod dominium legati inductum in favorem legatarii nequeat ei fructus medii temporis acquirere, & quod prædicti fructus ad emptorem pertineant, noo reſoluto primo contractu, cum medio tempore verum & naturale dominium habuerit; quam doctrinam quoad legata communem eſſe docent Cujacius & Faber in locis nuper relatis, licet non ita explicent. Verùm Anton. Gomez & alii ab Oſſualdo relati *ubi ſuprà* enixè defendunt fructus legatario deberi à tempore mortis, inductâ retrotractione, ſed minùs ſecurè.

Rursùs emptorum reſoluto contractu fructus 11
non teneri venditori reſtituere ex eo probatur; nam periculum rei addictæ pertinet ad emptorem *l.* 2. *§. ult. cum l. ſeq. hoc tit.* ſed fructus præcisè ſpectant ad eum ad quem periculum pertinet; ergo emptor irrevocabiliter fructus acquirit, & per conſequens adhuc reſoluto contractu, non tenetur eos venditori reſtituere. Prob. min. cum Ancillæ æſtimatæ in dotem dantur, partus earum pertinent ad maritum irrevocabiliter, nec eos reſtituere tenetur ſoluto matrimonio, *l. ſi mancipia* 18. *de jure dotium. l. in his* 66. *§. mancipia* 3. *ſolut. matrim. l. Licinnius* 48. *de leg.* 2. *l. uni. §. cumq;* 9. *C. de rei uxoria act.* ea ratione, quia cum æſtimatio faciat emptionem *l. plerumque* 10. *in princip. de jure dot.* quemadmodum periculum rerum æſtimatarum ad maritum ſpectat *l. cum dotem* 10. *C. de jure dot.* ita etiam earum augmentum. Ergo fructus irrevocabiliter præcisè ſpectant ad eum ad quem ſpectat periculum, ita ut nec eorum reſtitutioni ſit obnoxius ſequutâ reſolutione. Ergo emptor reſoluto contractu non tenetur fructus venditori reſ-

tituere. Sed reſpondeo quod rectè ſtat, periculum rei in diem addictæ ad emptorem pertinere, & aliàs eum teneri reſtituere fructus reſoluto contractu; nam idem periculum rei in diem addictæ pertinet ad emptorem, quia res periit ante reſolutionem contractûs, quo tempore ipſe ſolus verus Dominus erat, & aliàs poſt interitum rei melior conditio afferri non poteſt *d. l. 3. hoc tit.* & per conſequens cum jam verum ſit meliorem conditionem afferri non poſſe, perinde ac ſi tempus præteriiſſet, intra quod melior conditio afferri potuit, apparet emptorem irreſolubile dominium habuiſſe; unde eo caſu fructus quos percepit reſtituere non tenetur, ut pote contractu non reſoluto; meliore verò allatâ conditione, & ſic contractu reſoluto, tenetur emptor fructus reſtituere, quia nullo jure poſſunt penès ipſum remanere, ut ſæpè dixi. Nec tunc obſtat paritas in argumento expreſſa: nam primò multùm intereſt inter dominium reſolubile rerum dotalium reſidens penès maritum, & dominium rei in diem addictæ exiſtens apud emptorem; utrumque quidem dominium reſolubile eſt, ſed cauſa reſolutionis diſpar; cauſa enim reſolutionis Dominii rerum dotalium, nec tollit conceptum matrimonii, nec dotis, & per conſequens non efficit ut maritus nunquam Dominus fuiſſe videatur; ex quo fit fructus rerum dotalium ad maritum irrevocabiliter pertinere propter onera matrimonii *l. dotis 7. de jur. dot. l. pro omnibus 20. C. eodem*, ita ut extremi anni fructus pro ratâ temporis quo ſtetit matrimonium, inter eum vel ejus hæredem & uxorem dividantur, *l. fructus 7. §. Papin. 1. ſolut. matrim.* cauſa verò reſolutionis Dominii rei in diem addictæ tollit omninò conceptum Dominii, & efficit ut emptor numquam Dominus fuiſſe videatur, & proinde ut fructus refundere cogatur. Deinde licet partus ancillarum dotalium non pertineat ad maritum *l. cum poſt divortium 69. §. ult. de jur. dot.* quia in fructu non ſunt *l. vetus 68. cum vulgatis de uſufructu.* Si tamen Ancillæ æſtimatæ in dotem datæ ſint, earum partus marito irrevocabiliter acquiruntur ex juribus ſupra relatis (quibus non obſtat textus in *l. 1. C. ſoluto matrim.* de cujus explicatione videndi Cujacius ad *tit. C. ſoluto matrim.* Duaren. ad *l. 66. §. 3. ff. eod.* Petr. Barboſa ad *l. ſi æſtimatum 51. eod. num. 32. & 37. cum ſeq.* D. Amaya *lib. 3. obſ. cap. 1. §. 1. num. 30.* Dominus Ramos ad *l. unicam C. de rei uxor. act.*) quia æſtimatio facit emptionem, cujus ratione nanciſcitur maritus irrevocabile dominium; itaque ex fructibus rei dotalis inæſtimatæ, vel ex partubus Ancillæ dotalis æſtimatæ, non poteſt argumentum deſumi ad fructus rei in diem addictæ.

Quæ diximus de pacto addictionis in diem
12 circa fructuum reſtitutionem, procedunt etiam, cum contractus non ipſo jure reſolvitur, ſed facto hominis intercedente reſcinditur, ut ecce reſciſſo contractu emptionis & venditionis per actionem redhibitoriam emptor fructus omnes quos percepit, reſtituere tenetur venditori *l. 1. §. 1. verſic. ſi quid autem l. cum autem 23. §. cum redhibitis 9. de ædil. edict.* quia licet poteſtas redhibitionis non tollat contractus imaginem, nec efficiat ut emptor rei venditæ nunquam Dominus fuiſſe videatur, *l. bonum 43. §. pignus 8. de ædilit. edict.* tamen factâ redhibitione, omnia invicem inter emptorem & venditorem in priſtinum ſtatum reponuntur, perinde ac ſi nullus contractus præceſſiſſet *d. l. 23. §. 9. l. facta 60. de ædil. edict.* ſimiliter reſciſſo contractu emptionis per beneficium in integrum reſtitutionis, emptor tenetur minori læſo rem quam emit cum fructibus reſtituere *l. quod ſi minor 24. §. reſtitui 4. l. patri 27. §. 1. verſ. item ex diverſo de minor.* quia beneficium in integrum reſtitutionis in id à Prætore comparatum eſt, ut unuſquiſque in integrum jus recipiat, in eumque ſtatum res reducatur in quo erat, priùſquàm contractus fuiſſet *d. l. 24. §. 4. l. unic. C. de reput. quæ fiunt in jud. in integ. reſt.* ex quibus veriorem cenſeo opinionem aſſerentium quod reſciſſo contractu pro parte immodicam & enormem læſionem ex remedio *l. 2. C. de reſcind. vend.* emptor nolens ſupplere pretium, fructus à traditionis tempore perceptos reſtituere venditori tenetur, quidquid dicant plures, quorum ſententiam acriter defendit Arias Pinell. ad *d. l. 2. C. de reſcind. vend. 2. parte cap. 4. per totum*, quibus non opponuntur textus in *l. 1. C. ſi major factus alienat. fact. ſine decreto ratam habuerit.* Cui rectè reſpondet Pinell. *ubi nuper n. 8.* ſed ſuperiora fundamenta quibus adjicio ſequentem rationem: cum res repetitur per conditionem cauſâ datâ, cauſâ non ſequutâ, & generaliter in conditione rei quæ aliquando actoris fuit, indiſtinctè veniunt fructus tanquam acceſſiones naturales, & quas percepiſſet ille, & acquiſiviſſet ſibi, ſi rei ſuæ dominium in alium minimè tranſtuliſſet, ut generaliter ſcribit Paulus in *l. videamus 38. §. 1. 2. 3. 5. & 6. de uſuris*, & docet Ant. Faber in *rationali d. l. 7. §. 1.* reſciſſo ergo contractu ſeu titulo indiſtinctè fructus reſtituendi ſunt ceſſante nimirùm cauſa reſtitutionis, docet Menchaca *lib. 1. illuſtr. controv. cap. 38.*

Cui doctrinæ opponi poteſt difficilis textus in *l. ſi fundum 2. C. de pact. inter empt. & vend.* 13
ubi quidam ea lege fundum vendidit, ut ſive ipſe, ſive ejus hæres emptori pretium quandocunque, vel intra certa tempora obtuliſſet, reſtitueretur; parato venditore ſatisfacere dictæ conditioni, emptor aut ejus hæres non paruit: aſſerit Alexander Imperator venditori competere actionem *præſcriptis verbis*, vel *ex vendito*, ut contractus fides ſervetur, habitâ ratione eorum quæ poſt oblatam ex pacto quantitatem ex eo fundo ad emptorem pervenerunt. Tunc ſic: ea ubi contractus emptionis & venditionis initus fuit ſub reſolutivâ, vel ſaltem reſciſivâ conditione, & tamen reſoluto aut reſciſſo contractu, emptor fructus antè perceptos non cogitur venditori reſtituere, ſed eos tantùm quos poſt moram commiſſam percepiſſet: ergo pariter reſoluto contractu per oblationem melioris conditionis emptor non cogetur fructus antè perceptos reſtituere; ſed eos tantùm quos poſt allatam ab alio meliorem conditionem perceperit. Pro ſolutione dico juxta veriſſimam interpretum ſententiam in *d. l. 2.* venditionem celebratam fuiſſe ſub pacto de retrovendendo (quidquid dicat Ant. Faber *de error. prag. decade 22. err. 3.*) quod à pacto in diem addictionis non modò conceptionis formula, ſed & vi & poteſtate longè diſtat; cum enim venditio fit ſub pacto de retrovendendo, non ſolùm purà venditio contrahitur; ſed ita ut nec unquam ſub conditione reſolvatur; ſi quidem retrovenditio illa quam ex conventione fieri neceſſe eſt, non tam prioris venditionis reſolutio aut reſciſſio, quàm ſecunda venditio eſt, atque ita

prioris potiùs quædam confirmatio ; nam cum hujuſmodi pacto id agatur.ut per retrovenditionem dominium rei venditæ recurrat ab emptore ad venditorem, neceſſarium antecedens illud eſt, ut prioris venditionis ſalva poteſtas remaneat ; aliàs enim ſi prima venditio reſolveretur, ita ut emptor nunquam Dominus fuiſſe credatur, non poſſet ex retrovenditione, ut pote factâ à non Domino, dominium ad venditorem transferri ; idque ſibi vult Neratius in *l. ab emptione* 58. *in fin. de pactis*, dum ait conventione quæ pertineat ad reſolvendum id quod actum eſt, fieri nullo modo poſſe, ut quod ego tibi jam tradidi, tu contrà mihi tradere tenearis ; quia non tam hoc agitur, ut à priſtino negotio diſcedatur, quàm ut novæ quædam obligationes conſtituantur, ot dominium recurrat ad venditorem ; ex quo infertur emptorem ſolum teneri reſtituere fructus perceptos poſt ſecundam venditionem, & quos perceperit jam conſtitutus in morâ retrovendendi poſt oblatam ex pacto quantitatem ; pactum verò addictionis in diem reſolvit contractum, & eum numquam præceſſiſſe ſupponit, cujus vi dominium ad venditorem revertitur nulla interveniente traditione, unde fructus omnes venditori reſtituuntur, docet Ant. Faber *de err. prag. dec.* 22. *err.* 1. de pacto verò retrovendendi agitur in *d. l.* 2. patet ex illis verbis conventionis, *ut fundus reſtituatur*, quæ præcisè requirunt factum emptoris, ut rei venditæ dominiom ab eo ad venditorem recurrat. Illud tamen notandum eſt ſcilicet, quod pactum incertum venditioni in ſerie textus in *l. ſi à te* 7. *C. de pactis inter empt. & vend.* ut ſi intra certum tempus ſoluta fuerit data quantitas, ſit res inempta, longè differt à pacto addictionis in diem ; quare contractum ipſo jure reſolvit, & in eo quoad fructuum reſtitutionem omnia procedunt, quæ de pacto addictionis diximus, docet Faber *d. dec.* 22. *err.* 2.

14 Ex quibus conſtat meliore allatâ conditione, & ſic jam reſoluto contractu, emptorem fructus reſtituere teneri, non quidem ſecundo emptori, qui meliorem attulit conditionem, ſed venditori ; ſecundumque emptorem nihil ſequi prætet corpus rei venditæ, ut loquitur conſultus in *l. ſi venditor* 14. *§. emptorem* 2. *hoc tit.* cujus rei ratio ea eſt ; nam is qui meliorem conditionem attulit, quamvis Dominus per traditionem fiat, non ideò tamen fingitur percepiſſe fructus quos primus percepit, quia nec retro fingitur eo tempore Dominus fuiſſe, ut ait Ant. Faber in *rationali ad d. l.* 14. §. 2. meliore verò conditione non allatâ, & ſic contractu non reſoluto, fructus omnes emptorem ſequuntur, ex quibus dicendum videbatur, quod etſi ſecundus emptor non majus, ſed tantumdem pretium offerat, debeat intelligi meliorem conditionem afferre, ita ut contractum reſolvat, & primo emptori præferatur ; quia quidquid ad utilitatem venditoris pertinet, pro meliori conditione haberi debet *l.* 4. *§. ult. l. quidquid* 5. *hoc tit.* atqui ad utilitatem venditoris pertinet, ut quamvis ſecundus emptor non majus pretium, ſed tantumdem offerat, res tamen vendita potiùs addicatur ſecundo emptori, quia eo caſu fructus à primo emptore perceptos lucratur venditor, cum ei reſtituendi ſint, quos primos emptor ſibi retineret, ſi melior conditio allata non eſſet, ut jam dixi. Ergo hoc quoque caſu melior conditio allata videri debet, ut conſequenter prima emptio reſolvatur : Hac tamen dubitandi ratione non obſtante decidit Paulus in *d. l.* 14. *§. non tamen ult. hoc tit.* non ideò ſecundum emptorem primo præferri, niſi majus pretium offerat : aut alio modo meliorem afferat conditionem ; cujus rei ea eſt ratio, quia in emptis & venditis ſequimur id quod actum eſt *l.* 6. *§.* 1. *de contrab. empt.* cum verò aliquid venditor ſub pacto in diem addictionis, non id agitur inter emptorem & venditorem, ut melior conditio allata videatur ob id ſolùm, quod venditori utilius ſit addici rem ſecundo emptori, quàm primo propter fructus, ſi non majus pretium offeratur : de fructibus enim non cogitatur eo tempore, de quibus nec ſcire poteſt, an primus emptor eos percepturus ſit, quos & cum percipit, non jure conventionis percipit, ſed jure dominii. Denique fructus nunquam faciunt partem pretii, quomodo cæteræ pactiones quæ ad venditoris utilitatem pertinent, ut tantò cariùs venditor rem ſuam vendidiſſe videatur : nec lucratur primus emptor fructus niſi per conſequentias, quæ attendi in jure noſtro non ſolent *l.* 1. *de auth. tutor. cum vulg.* docet ita Ant. Faber *in rationali d. l.* 14. *§. ult. hoc tit.*

15 Deinde ſequitur exponendus præcipuus effectus reſolutionis productæ ex pacto addictionis vel commiſſorio, ille ſcilicet, quod quamvis non exiſtente conditione pignus rei venditæ ab emptore conſtitutum validum & efficax ſit (contractu purè celebrato, juxta quem ſenſum procedit aſſertio noſtra) cum emptor medio tempore verus rei Dominus fuerit ; quod eſt neceſſe ut teneat pignoris conſtitutio *l. & quæ nondum* 15. *§. quod dicitur* 1. *de pign. l. cum res* 5. *C. ſi aliena res pignori data ſit*, reſoluta tamen prima venditione per adventum conditionis finitur vel potiùs extinguitur pignus *l. ubi autem* 4. *§. ſed & Marcellus* 3. *hoc tit. l. ſi res* 3. *quibus mod. pign. vel hypoth. ſol.* quia reſoluto contractu ex vi pacti extinguitur jus emptoris, ejuſque titulus omninò reſolvitur *l.* 1. *hoc tit. l.* 1. *de lege commiſ.* ut latè ſupra diximus ; nihil ergo mirum, quod finiatur, ſeu penitùs extinguatur pignus ab eo medio tempore conſtiturum, quia notum brocardicum eſt, ſoluto jure debitoris, & creditoris jus reſolvi, *l. lex vectigali* 31. *de pign. d. l. ſi res* 3. *quibus mod. pign. vel hypoth. ſolv.* & illud etiam neminem plus juris accipere poſſe, quàm habuit ipſe qui dedit *l.* 54. *tit. de reg. jur. l. peto* 69. *§. prædio* 1. *de leg.* 2. *l. voluntate* 10. *quibus mod. pign. vel hypoth. ſol.* cum ergo reſoluto jure emptoris nullum titulum penes eum fuiſſe certum ſit, optima ratione deciſum extat, pignus ab eo datum extingui, ne illius titulo reſoluto læſus maneat creditoris titulus, néve plus juris habere videatur creditor, quàm ipſe contra adducta jura, quibus non obſunt textus in *l.* 1. *§. cum prædium* 2. *de pign. & in l. juſto* 44. *§. non mutat* 5. *de uſucap.* Nam licet ibi traditum ſit cauſam pignoris nihil commune habere cum cauſa proprietatis, ex quo colligi videtur defectum dominii ex parte emptoris nequire pignoris extinctionem inducere ; nam prædicta regula vera eſt, & exaudienda in pignore jam conſtituto, non verò in conſtituendo, quod præcisè dependet à cauſa dominii ; ut conſtitui valeat : etenim nequit res pignori dari quæ in dominio, vel ſaltem in bo-

nis dantis non fuerit *d. l. 15. §. quod dicitur d. l. cum res 3.* cum ergo poteſtate reſolutionis fingatur rem pignoratam nunquam nec in dominio, nec in bonis emptoris fuiſſe, ſatis æquè pignus ab eo conſtitutum extingui deciſum eſt *d. l. 4. §. ſed & Marcellus 3. hoc tit.* ubi Ant. Faber.

16 Quoad quam juris partem longè diſtat reſolutio contractùs ab ejuſdem reſciſione, licet quoad fructuum reſtitutionem nihil inter reſolutionem & reſciſionem interſit, ut dixi *num.* 12. etenim reſoluto contractu, pignus medio tempore conſtitutum extinguitur, reſciſſo verò titulo pignus medio tempore conſtitutum perſeverat, textus elegans in *l. ſi debitor 4. quibus mod. pign. vel hypoth. l. bovem 43. §. pignus 8. de ædil. edict.* in quibus reſciſſo emptionis contractu per actionem redhibitoriam, pignus medio tempore ab emptore conſtitutum manet obligatum; cujus diſcriminis ratio ea eſt, reſolutio contractùs quæ fit ipſo jure, nullum titulum præceſſiſſe ſupponit, & conſequenter ut pignus ab initio inutiliter, utpote à non Domino, conſtitutum videatur, efficit; reſciſſo verò quæ factum hominis exigit, omninò titulum ſeu contractum præceſſiſſe ſupponit præcisè, & per conſequens efficere nequit, ut ex poſt facto appareat ab initio inutiliter pignus à non Domino conſtitutum; imò ſupponit pignoris utilem conſtitutionem; cumque fieri nequeat, ut pignori eſſe deſinat ea res quæ ſemel rectè & utiliter obligata fuit; quin creditori ſolutum aut aliter eo nomine ſatisfactum fuerit, ea enim eſt pignoris conditio *l. ſi rem 9. §. omnis 3. de pignor. act.* apparet nec illud fieri poſſe, ut alio modo finiatur pignus, niſi quod reſolvitur, id eſt in eum ſtatum deducitur, ut nunquam contractum fuiſſe exiſtimetur; quod ipſum non alio caſu evenit, quàm quo vel contractus ipſe in quo de pignore convenit reſolvatur, vel alius ex quo jus dandi pignoris nactus ſit is qui pignus dedit. Ex qua doctrina fluit, quod reſciſſo contractu emptionis ex cauſa immodicæ aut enormis læſionis, beneficio *d. l. 2. C. de reſcind. vend.* pignus medio tempore ab emptore conſtitutum permanet, quidquid dicat Arias Pinell. ad *d. l. 2. 2. parte. cap. 3. num. 11. cum ſequentibus*, & ſimiliter revocata donatione ex cauſa ingratitudinis, pignus à donatario conſtitutum durat, ut probat textus in *l. his matribus 7. C. de revocand. donat.* ubi revocata ex cauſa ingratitudinis donatione, firma tamen remanet alienatio medio tempore facta à donatario: ergo potiori jure firma manere debet pignoris obligatio medio tempore conſtituta, maximè cum oppigneratio veluti quædam ſpecies alienationis ſit *l. fin. C. de rebus alienis non alienandis.* licet contrarium teneat cum pluribus Tiraquellus in *l. ſi unquam in verbo revertatur, num. 172. eod. de revoc. donat.* quod nulla majori ratione locum habet in retroventitione, quæ fit ex pacto de retrovendendo, ut ſi emptor ante factam retroventitionem rem pignori dederit, firma maneat pignoris obligatio adhuc poſt ſequutam ex retroventitione traditionem; cum retroventitio nec reſolutio nec reſciſſio ſit prioris venditionis, ſed ſecunda potiùs venditio, & prioris quædam confirmatio, ut dixi *num.* 13. quæ omnia docet ſubtiliter Ant. Faber *de err. dec. 23. err. 1. 2. & 4.*

17 Nec traditam differentiam evertit textus quem nobis objiciunt adverſarii, imò eam confirmat in *d. l. lex vectigali 31. de pignor.* in ejus enim ſerie contractus non reſcinditur, ſed reſolvitur, lex enim vectigali fundo dicta proponebatur, ut ſi poſt certum tempus vectigal ſolutum non eſſet, is fundus ad Dominum rediret, id eſt nunquam vectigalis fuiſſe videretur, quæ conventio abſque dubio contractûs reſolutoria eſt, nam quod conventio ſic habet, ut fundus ad Dominum redeat, non ſic accipi debet, quaſi Dominium utile fundi transferatur rursùs in concedentem, qui ſanè dominus ſemper manſit; vectigales enim agri vocantur, qui in perpetuum locantur *l. 1. in princip. ſi ager vectigal.* locatio autem quantumvis perpetua dominium transferre nunquam poteſt, quamvis placuerit conductori dandam eſſe in rem actionem, non ſolùm adversùs quemlibet poſſeſſorem, ſed & adversùs ipſum concedentem, ſi vectigal ſolvatur; itaque conventionis poteſtas in eo tantùm elucet, ut quandiu pro eo fundo vectigal pendatur, tandiu nec ipſe qui conduxit, nec his qui in locum ejus ſucceſſerint, auferre eum liceat; contra verò ſi vectigal non pendatur, auferre liceat poſſeſſionem; unde nihil mirum, quod reſoluto jure conditionis perpetui ex cauſa non ſoluti vectigalis, reſolvatur quoque, & finiatur pignus à conductore conſtitutum, quemadmodum & reſoluto contractu ex vi pacti addictionis, aut commiſſorio, pignus ab emptore contractum extinguitur & reſolvitur *d. l. 4. §. 3. hoc tit. ex regula textus in l. debitor 40. §. ult. de pignore act. l. grege 13. §. 1. de pignor.* Ampliùs ſic arguunt adverſarii; ita poſito jure, ut etiam poſt reſciſſam ex cauſa immodicæ læſionis venditionem, aut poſt revocatam ex cauſa ingratitudinis donationem duret pignus, quod ab emptore aut donatario inter ea conſtitutum fuit, eveniret ut facilè eluderetur æquitas *l. 2. C. de reſcind. vend.* & revocationis donationis, ſcilicet ære alieno peremptorem aut donatarium onerata re vendita, aut donata. Ergo ut conſulatur venditoris & emptoris indemnitati, dicendum eſt reſciſſa emptione, aut revocata donatione extingui pignus ab emptore aut donatario medio tempore conſtitutum; cui difficultati reſpondet Ant. Faber *d. dec. 23. err. 2. n. 23.* quod licet pignus in præfatis caſibus non extinguatur, poteſt tamen venditoris aut donantis indemnitati commodiſſimè conſuli, emptore nimirùm aut donatario in omne id condemnando, quod hanc ob cauſam poteſt intereſſe venditoris aut donantis, nec enim æquum eſſet, venditoris aut donantis damno & incommodo cedere pecuniam emptori aut donatario creditam, & cujus lucrum aut commodum emptor ipſe aut donatarius percepiſſet; nec quod emptor ipſe aut donatarius pignus dando jure ſuo uſus ſit, facere poteſt, ne reſciſſa venditione, aut revocata donatione indemnitatem illam præſtare teneatur; itaque mànet pignus abſque ullo venditoris aut donantis præjudicio; vel etiam dicere poſſumus quod reſciſſo contractu, aut revocata donatione tenetur emptor aut donatarius ante traditionem pignus liberare, quemadmodum & reſciſſo contractu per actionem redhibitoriam tenetur emptor ante traditionem pignus liberare *d. l. 43. §. 8. de ædil. edict.* ſi verò hi omnes ante traditionem pignus non redemerint, poſtmodùm tenentur vel adhuc pignus liberare, vel intereſſe

adverſario

adverſario refundere judicis officio, quod neceſſarium non eſt, eum contractus ipſo jure reſolvitur; tunc enim ipſo jure reſolvitur pignus medio tempore conſtitutum.

18 Exponendus nunc eſt elegans textus in *l. ſi res diſtracta fuerit* 3. *quibus mod. pign. vel hypoth. ſolv.* ubi poſtquam Ulpianus ex Marcello *lib.* 5. *ff.* docuit idem quod docuerat in *d. l.* 4. §. 3. *hoc tit.* ſcilicet quod reſoluto contractu emptionis ex pacto addictionis in diem extinguitur pignus ab emptore medio tempore conſtitutum, in fine textùs ſubjicit aliud eſſe dicendum, ſi res ita diſtracta fuerit, niſi emptori diſplicuiſſet, id eſt, ita ut inempta ſit, ſi emptori diſplicuerit: tunc enim pignus medio tempore conſtitutum non finiri decidit, quæ ſanè doctrina difficillima eſt; nam ex prædictæ conventionis vi æque ipſo jure reſolvitur contractus, ac poteſtate pacti addictionis in diem *l. ſi res ita* 9. *de contrah. empt.* Ergo dicendum videtur quoad pignoris medio tempore conſtituti extinctionem, nihil inter haſce duas conventiones intereſſe. Sed tamen elegans profectò eſt inter utramque conventionem diſcrimen, cum res ea lege diſtrahitur, niſi emptori diſplicuerit, reſolutio provenit ex merâ voluntate emptoris, cum non alia de cauſa fiat, quàm quod res vendita diſplicet emptori: & quamvis abſurdum non ſit in nudam meramque emptoris voluntatem conferri reſolutionem venditionis (tametſi in ejuſdem voluntatem contrahenda venditio conferri non poſſit *l. ſub hac* 8. *de oblig. & act. cum vulgatis*, quia non ſicut obligatio quæ contrahitur, ita & quæ reſolvitur, vinculum ullum habet dandi aut faciendi aliquam neceſſitatem) abſurdum tamen eſſet atque iniquum in emptoris voluntatem conferri jus pignoris quod emptor ipſe conſtituiſſet in ea re, cujus tum Dominus verè fuiſſet, ne aliàs ei liceat ſuo facto, & merâ voluntate propriam obligationem diſſolvere contra generalem regulam textus in *l. ſi ſervum* 91. §. *nunc videamus* 1. *de verb. obl.* Nec ex eo præjudicium infertur venditori, cum ipſe in emptoris voluntate poſitum voluerit, an res maneret empta, an fieret inempta, & ſcire debuerit emptori eam rem pignori obligare licere, nec pignus ab emptore ſemel utiliter conſtitutum ex ejus merâ voluntate poſſe diſſolvi: cum verò res venditur ſub pacto addictionis aut commiſſorio, licet reſolutio videatur voluntaria, quatenùs in emptoris poteſtate eſt, ut pretium ſolvat intra dictam diem, aut ut meliorem conditionem afferat, atque ita ut impediat contractus reſolutionis *l. licet* 7. *cum l. ſeq. hoc tit. l. ult. & paſſim de l. commiſſ.* tamen eſt aliquatenùs neceſſaria, cum non pendeat ex merâ voluntate emptoris; fieri enim poteſt, ut eo invito reſolvatur venditio, ut ſi pretium ad dictam diem ſolvere aut augere non poſſit præ anguſtiâ rei familiaris, aut aliqua alia ratione, quo tamen caſu omninò reſolvitur contractus; poteſt etiam fieri ut ipſe noluerit ſolvere, vel augere pretium, mox poſt elapſum tempus præfixum in contractu, ejus voluntatis eum pœniteat, & tunc etiam contractus reſolvitur: tandem nemo dicet ex merâ voluntate emptoris oriri reſolutionem, quæ præter voluntatem requirit ceſſationem ſolutionis pretii, aut alicujus tertii addictionem, unde meritò extinguitur pignus reſoluto contractu, docet Ant. Faber *dict. dec.* 25. *err.* 2. *num.* 15. *cum duobus ſequentibus.*

Verùm opponi illud nobis poteſt, ſcilicet quod 19
reſolutio contractùs poteſtate pacti addictionis aut commiſſorii non fit ipſo jure: ergo potiùs reſciſſio, quàm reſolutio eſt, & per conſequens nequit pignoris medio tempore conſtituti extinctionem inducere: prob. antec. hæc reſolutio pendet ex voluntate venditoris, cui licet adhuc meliorem allatam conditionem reſpuere *l. Sabinus* 9. *hoc tit.* & pretio ad dictam diem non ſoluto, poteſt legem commiſſoriam non exercere *l.* 3. *de lege commiſſ.* Ergo tota poteſtas reſolutionis non fit ipſo jure, cum pendeat ex venditoris voluntate. Ergo reſciſſio potiùs eſt, quàm reſolutio; & conſequenter medio tempore pignus conſtitutum manere debet, ne ejus extinctio pendeat ex venditoris voluntate. Sed reſpondendum eſt contractum reſolvi ipſo jure vi harum conventionum, nec in ſuſpenſo manere poteſtatem reſolutionis ub incertam venditoris voluntatem, utrum nimirum reſolutam venditionem velit necne: id cum ipſo jure & ſola pacti poteſtate reſolvatur, in venditoris tamen poteſtate eſt, ſi velit, non uti ne reſolvatur, quod ipſo jure fit, ſed ut pro non reſoluta habeatur, nec conventionem quam ſui ſolius gratia, non etiam pro emptore adhibuit, invitus exercere compellatur; multùm verò intereſt, an reſolutio contractùs fiat ſub ea conditione, *ſi volet is* cujus intereſt reſolvi, an ſub ea potiùs *niſi nollet*, illa namque conditio *ſi volet*, ſuſpendit reſolutionem in id uſque tempus quo declarata ſit voluntas, & prorsùs conditionalem facit reſolutionem argumento textùs in *l. ſi ita legatum* 65. §. *illi ſi volet* 1. *de leg.* 1. illa verò *niſi nollet* non ſuſpendit reſolutionem, ſed ipſam potiùs reſolvit, ut ſubtiliter ratiocinatur Ant. Faber *de err. dec.* 23. *err.* 4. *num.* 7. & 8. Itaque contractus ipſo jure reſolvitur, licet ſit in arbitrio venditoris, eum pro non reſoluto habere. Ex quo jam patet argumenti ſolutio; cum enim ipſo jure corruat contractus, reſolvitur, non reſcinditur, & conſequenter cum reſolutio non pendeat ex merâ voluntate venditoris, abſurdum non eſt reſolvi quoque pignus ab emptore medio tempore conſtitutum.

Ampliùs ſic arguet aliquis, licet reſolutio pro- 20
ducta ex pacto addictionis aut commiſſorio efficiat ut emptor nunquam Dominus fuiſſe videatur, nequit tamen pignoris medio tempore conſtituti reſolutionem inducere. Ergo falſa eſt ſuperior doctrina. Anteced. prob. rei alienæ pignus in jure noſtro conſiſtit: ergo licet reſolutio tollat ab initio conceptum dominii in emptore, tamen debet manere pignus. Anteced. prob. 1°. ex *l. ſed etſi* 9. §. 1. *de pign.* ubi quæ recipiunt emptionem & venditionem, etiam pignorationem recipiunt, ſed rei alienæ venditio valet *l.* 38. *de contrah. empt. cum aliis*: Ergo & ſubſiſtit rei alienæ pignus 2°. ex *l. ſi rem alienam* 9. *l. tutor.* 16. §. 1. *l. cum debitore* 32. *de pign. actione*, in quibus creditori competit actio pignoratitia contraria contra debitorem, ex eo quod rem alienam ei pignori dedit. Ergo tenuit pignoris contractus: aliàs non daretur actio creditori ex contractu nullo ipſo jure, ſed tantùm daretur actio ex principali contractu, cui acceſſit pignoris obligatio, nec etiam daretur actio pignoratitia directa debitori ſoluta pecunia, ſi ab initio pignoris contractus non teneret, ut dicitur

in *d. l. 9. §. is quoque 4. de pignor. act.* 3°. ex *l. ſi rem alienam 29. de pign. act.* ubi ſi res aliena pignori data ſit in bonæ fidei poſſeſſore, & creditor hæres extiterit vero Domino rei, ſtatim deſinit eſſe pignus per ſupervenientiam dominii in creditorem: ergo anteà tenuit pignus rei alienæ, aliàs non deſineret eſſe quod nunquam fuit. *l. Titio 96. de act. empt.* 4°. ex *l. ſi ab eo 18. de pign.* ubi tuetur prætor per ſervianam actionem creditorem, qui rem pignori accepit à bonæ fidei poſſeſſore, quemadmodum tuetur ipſum bonæ fidei poſſeſſorem per publicanam actionem: ergo ſupponit rei alienæ pignus tenuiſſe; videndus Gonzales in *cap. 4. ut lite pendente n. 14.* 5°. ex difficili textu in *l. ſi poſt acceptum 18. de rei vind.* ubi bonæ fidei poſſeſſor ſervi, qui poſt litis conteſtationem uſucapionem complevit, & poſteà condemnatus fuit ad reſtitutionem, in evictionis judicio tenetur præſtare cautionem de dolo, quia periculum eſt ne ſervum manumiſerit, vel eum pignori dederit; atqui ſequuta condemnatione apparet ipſum non fuiſſe dominum, rémque vindicantis pignoraſſe: ergo rei alienæ pignus tenetur, aliàs neceſſaria non eſſet cautio de dolo propter periculum pignoris, quod tanquam rei alienæ valere non poterat. Ultimò ex *l. 1. C. ſi pignus pignori datum ſit l. ſi convenerit 18. de pign. act.* ubi creditor poteſt pignus debitoris ſui creditori ſuo pignori dare; & tamen res pignorata non eſt creditoris, ſed debitoris, in cujus dominio manſit *l. cum & ſortis 35. §. 1. de pign. act.* ergo rei alienæ pignus omninò ſubſiſtit, & per conſequens reſolutio dominii nequit pignoris reſolutionem inducere.

Omiſſa ſententia Cujacii ad *Novellam* 61. &
21 pet. Fabri *lib. 2. ſemeſtr. cap.* 18. dicendum eſt cum Bachovio *de pign. lib. 2. cap.* 3. indiſtinctè rei prorsùs alienæ pignus non conſiſtere *l. ſi ſuperatus 3. l. 15. §. 1. de pignor. l. ante omnia 23. de probat.* quia in pignoris datione aliud agitur, ut res obligetur creditori, acquiratque jus in re pignorata, cujus ratione eam poſſit à quocunque poſſeſſore vindicare *l. 16. §. in vindicatione l. 17. de pign. l. 66. de evict.* at jus vindicandi rem à tertio poſſeſſore proprium eſt dominii *l. 23. de rei vind.* aut ad inſtar dominii *toto tit. de publiciana*: ergo qui dominium non habet, aut aliud jus quod poſſit à quocunque poſſeſſore avocari, non poteſt illud jus transferre in creditorem ex regula *legis nemo plus 54. de reg. juris*: in quo differt pignus à venditione, in qua non agitur de aliquo jure reali, quod præcisè transferendum ſit in emptorem, ſed tantùm de obligatione perſonali, qua invicem remanent contrahentes obligati, emptor ad pretium & venditor in evictionis caſum *l. 11. §. 2. l. 30. in fin. de act. empt. l. 25. de contrah. empt.* Nec tunc obſtant fundamenta in argumento expenſa; non primum deductum ex *d. l. 9. §. 1. de pign.* cui reſpondeo quod regula illius textus vera eſt in ſuo ſenſu reſpectu capacitatis rerum quæ venduntur aut pignorantur, nam ſi res ſit extra commercium, nec vendi, nec pignorari poterit *l. 1. in fin. quæ res pignori*, & è contra quæ recipit venditionem, quia eſt in commercio, rectè pignorari poterit *d. l. 9. §. 1.* Sed hæc æquiparatio non poterit procedere in rebus alienis; nam quod res ſit aliena, non æqualitas rei de qua agitur in *d. l. 9. §. 1.* ſed extra rem dependens à jure poſſeſſoris; ita Bachovius *ubi ſuper.* Non etiam obſtat ſecundum deductum ex *d. l. 16. §. 1. l. 32. de pign. act.* quia in eis non agitur de jure pignoris quod acquirit creditor in re pignorata, & quod perſequitur à quocunque poſſeſſore, quod negamus acquirere creditorem in prorsùs aliena; agitur tamen de obligatione pignoratitia perſonali, quo datur inter debitorem, & creditorem ad invicem ex *toto tit. de pign. act.* & tam longè abeſt à noſtra aſſertione fundamentum quod ex his deducitur pro contraria ſententia, quod imò eam firmat; nam ideò datur creditori pignoratitia actio in dictis legibus contra creditorem, quia rem alienam dedit fidemque feſellit, nihilque actum fuit de ſecuritate quam præſtare debuit creditori, ut ait *l. 2. de pign. act.* ergo quia non conſiſtit pignus in re aliena, aliàs non daretur actio pignoratitia creditori, ita etiam cum diſtinctione juris realis, de quo noſtra diſputatio eſt, & obligationis perſonalis quæ datur debitori contra creditorem, ut ſoluta pecunia rem reſtituat, intelligenda eſt *d. l. de pign. act.* quo etiam ſenſu intellige textum in *l. 22. §. 2. eod.* cum Fab. *lib. 7. conject. cap. 19. & de err. dec. 81. err. 4. in fine.*

Nec magis urgent tertium & quartum funda- 22
mentum ex *d. l. 29. de pign. act. & d. l. 18. de pignor.* & ult. ex *d. l. 1. C. ſi pignus pignori datum ſit*, quia quoties debitor habet aliquod jus in re, in quo poſſit pignus conſiſtere, reſpectu illius juris eſt res propria debitoris, quamvis reſpectu dominii ſit alterius, ut ait Cujacius in *l. 1. de pignor.* & ita in eo jure conſequitur creditor ſecuritatem & actionem adversùs quemcunque poſſeſſorem dimetiendam ex eo jure, quod debitor qui pignoravit habet; itaque ſi debitor poſſideat cum titulo juſto rem alienam, & eam pignori dederit, rectè pignus conſtitutum erit, quia ea res in bonis debitoris eſt *l. rem in bonis 52. de acquir. rer. domin.* cum habeat publicianam actionem adversùs quemcumque poſſeſſorem ex *tit. de publiciana §. namque 4. inſt. de act. extra dominium rei l. pen. & ult. de public.* & quemadmodum Prætor tuetur debitorem per publicianam, illa etiam tuetur creditorem per ſervianam, aut quaſi ſervianam *d. l. 18. & 29.* textus ſic intelligendus in *l. ſi non Dominus 14. qui potiores.* Nec enim creditor agens contra tertium poſſeſſorem tenetur probare rem in dominio debitoris fuiſſe, ut malè exiſtimavit Accurſ. *in §. item ſerviana 7. inſt. de act.* Sed ſufficit quod probet rem pignoratam tempore conventionis in bonis debitoris manſiſſe, ut expreſſè dicitur in *d. l. 3. & in d. l. 15. §. 1. de pignor.* & ad hoc ut res in bonis debitoris eſſe intelligatur, ſufficit quod actionem aliquam, aut retentionem habeat in re alicujus juris ſibi competentis *d. l. rem in bonis 52. de acquir. rer. dom.* Ex hac etiam ratione valet pignus rei pignoratæ *l. 1. C. ſi pignus pignori datum ſit l. 40. §. ult. de pign. act. l. grege 13. §. cum pignori de pignor.* Merillus *lib. 1. priorum obſerv. cap.* 36. difficilior autem eſt deciſio textûs in *d. l. 18. de rei vind.* quia ex ea non ſolum probari videtur pignus rei alienæ conſiſtere, ſed quod magis eſt, valere in domini præjudicium, illius ſcilicet qui obtinuit contra poſſeſſorem in vindicationis judicio, & Dominus declaratus fuit, aliàs nullum eſſet pignorari ſervi periculum, ut fatetur Connan. *lib. 3. comment. cap.* 14. cui

difficultati breviter reſp. quod creditori ſufficit probare rem in bonis debitoris manſiſſe tempore conventionis *d. l. 3. d. l. 15. §. 1. de pign.* ad hoc ut poſſit contra quemcunque poſſeſſorem agere, & quamvis debitor condemnatus fuerit, declaratuſque non Dominus, tamen creditori ſecunda eſt actio ſerviana, æque ac ſi viciſſet debitor, & multò melius exceptio concedenda, quia ſententia lata contra debitorem creditori non præjudicat, ſi eo ignorante lata fuit *d. l. 3. de pignor. l. ſi mater 11. §. fin. de except. rei jud. l. judicatæ 29. §. fin. eod. tit. l. ſæpe 63. de re judic.* Sed obſervanda Pap. elegantia qui in *d. l. 3.* non dixit pignus contrà Dominum adhuc conſiſtere, ſed creditori ſervandam eſſe actionem ſervianam, ad hoc ut Dominus de novo contra creditorem, qui liti non adſtitit, experiatur. ut ſic de pignoris conſiſtentia nihil affirmaret, ſed tantùm de effectu ſententiæ latæ contra debitorem; itaque quamvis Dominus in *d. l. 18.* habeat vindicationem contra creditorem, tamen quia poteſt opponere de pignore creditor, cui ſententia non præjudicat; ideò ratione hujus periculi cautio expoſtulatur argumento *l. minus 204. de reg. jur.* docet Cujacius 20. *queſt. Pap. in d. l. 3.* Bachov. *d. lib. 2. cap. 3.* Ex quibus omnibus infertur, quod cum reſoluto contractu, retrocredatur nullum jus dominii, quaſi dominii, & in re fuiſſe unquam penes emptorem, meritò aſſerimus evaneſcere pignus, quod retrò apparet à non Domino in re prorsùs aliena conſtitutum.

23 Huic effectui producto ex reſolutione contractûs vi pacti addictionis aut commiſſorii, ſimilis alius eſt, nimirùm reſolutio ſervitutis medio tempore prædio ea lege empto impoſitæ ab emptore; etenim ſi is cui fundus venditus fuiſſet ſub pacto addictionis in diem, ante meliorem, ab alio conditionem allatam ſervitutem impoſuiſſet, extinguitur quoque ſervitus, ſi melior conditio ab alio poſteà afferatur, quemadmodum & extinguitur pignus; quod ut penitùs intelligatur, ſciendum eſt, quod cum ſolus Dominus prædii ſervitutem illi imponere poſſit *l. ſi quis duas 6. in fin. principii l. ſi cum duas 8. commun. præd. l. ſi fundum 46. §. 1. de evict. §. ideò 3. inſt. de ſervit.* dubitari ſolet, an Domini appellatione ad utilem conſtitutionem ſervitutis contineatur is qui lege verè Dominus ſit, non tamen perpetuam cauſam habeat dominii, ſed temporalem, fortè quod prædium ſit obnoxium reſtitutioni, aut ex cauſa aliqua auferri illi poſſit, & an ſervitus ſemel impoſita reſoluto dominio reſolvatur? & quidem diſtinguendum eſt, an cauſa qua prædium aufertur ei qui ſervitutem conſtituerat, (cauſam dicimus cujus origo anterior ſit ſervitutis conſtitutione, quamvis effectum producat poſt conſtitutionem) jus tantum præſtet auferenti in perſonam, an verò in rem; hoc eſt, an ejus conditionis ſit, ut actionem tantùm pariat in perſonam, an verò jus reale præſtet & actionem in rem? Primo caſu, ſcilicet cum ea cauſa perſonam tantùm obligat, non rem, hoc eſt actionem tantùm præſtat in perſonam, utiliter conſtituta erit ſervitus, non interim modo, dum prædium maneat apud conſtituentem, ſed in perpetuum, quoniam conſtituens verè Dominus fuiſſe proponitur tempore quo ſervitutem conſtituit; nec ideò minus durare ſervitus debet, quòd poſteà Dominus eſſe deſierit argumento *d. l. 8. commun. præd.* quamvis enim cauſa ejus qui fundum avocat antiquior ſit conſtitutione ſervitutis, prævalere tamen debet ſervitutis jus, quoniam ex ſervitutis conſtitutione acquiſitum eſt jus reale, & in rem actio datur, ſcilicet confeſſoria, *l. 2. ſi ſervit. vind. §. æque ſi agat 2. inſt. de act.* Concurrente autem jure actionis in rem, quamvis poſterius ſit, ut in concurſu creditoris hypothecarii, & chirographarii noſcunt omnes, & probat *l. Ariſto 3. quæ res pign. l. quoties 15. C. de rei vind.* Unde olim jure quod viguit tempore conſultorum Galvanus *de uſufructu cap. 35. n. 4.* ſi hæres prædium poſſideret, reſtitutioni ex cauſa fidei-commiſſi, aut legati damnationis obnoxium, & interim ille ſervitutem impoſuiſſet, tenebatur fidei-commiſſario vel legatario, quod ejus interfuiſſet ſolvere; durabat autem ſervitus etiam poſt reſtitutionem, ex fidei-commiſſo, namque & legato damnationis actio tantùm in perſonam dabatur contra hæredem *l. 1. C. commun. de legat.* actio ſcilicet ex teſtamento qua longè potentius eſt jus reale acquiſitum per ſervitutis conſtitutionem *l. 2. ſi uſusfr. pet. l. Mævius 66. §. in fundo 4. de l. 2. cum ſimilibus*, quia cauſa hæc avocationis quæ jus tantum præbet in perſonam, non avocat ab initio conceptum dominii in imponente, nec efficit ut retro non Dominus fuiſſe videatur tempore quo ſervitutem impoſuit.

Secundo verò caſu, cum ſcilicet cauſa ex qua 24
prædium aufertur ei qui ſervitutem conſtituerat, non modò antiquior eſſe proponitur, ſed etiam ejus conditionis eſt, ut non modò perſonam obliget, ſed rem quoque ipſam afficiat, hoc eſt non ſolùm in perſonam, ſed in rem quoque actionem præſtat; tunc conſtitutio ſervitutis interim facta, quamvis interim ſuſtineatur, dum poſſeſſor retinet dominium, poſteà tamen dominio extincto, cum cauſa ex qua extinguitur præcedat conſtitutionem ſervitutis, & uſque adeò reſolvat dominium conſtituentis, ut retrocredatur Dominus nunquam fuiſſe, prorsùs reſolvitur ſervitus conſtituta, quia cum duplex jus reale concurrat, prævalere oportet, quod prius tempore eſſe dicatur, argumento *d. l. 3. quæ res pign. l. potior 11. & paſſim qui potiores.* Unde ſi hæres prædio ſub conditione per vindicationem legato interim imponat ſervitutem, quamvis interim verè Dominus ſit, *l. non ideò 66. de rei vind. l. & poſt litem 12. §. ult. cum l. ſeq. famil. ercisc.* extinguitur tamen poſteà ſervitus, ſi legati conditio exiſtat *l. is cui via 11. §. 1. quemad. ſervit. amitt. l. ſi fundum 105. de condit. & dem.* ratioque ea eſt, quia legati per vindicationem relicti dominium, etſi ſub conditione relinquatur, intelligitur ſemel impleta conditione retro legatarii fuiſſe, nunquam factum hæredis *l. legatum 80. de leg. 2. cum vulgatis*: atque idcircò interim ab hærede facta conſtitutio ſervitutis, ſicut & alia quævis alienatio, nulla fuiſſe retrò apparet tanquam ab eo facta qui Dominus non fuerit: prævalere itaque debet jus reale legatarii prædium vindicantis ex teſtamento cujus cauſa antiquior eſt *l. proinde 8. de reb. cred. l. ſervo legato 69. §. 1. l. ſi fundum 81. de leg. 1.* quibus præjactis principiis apparet jam ſervitutem impoſitam medio tempore ab emptore fundo empto ſub pacto addictionis in diem, meliore allata conditione reſolvi, quoniam meliore ab alio conditione allata prorsùs reſolvitur domi-

nium emptoris conſtituentis *l. ſi quis hæc* 41. *de rei vind.* & redit ad venditorem ex cauſa quæ prior eſt ſervitutis conſtitutione, hoc eſt ex pacto ipſi venditioni adjecto; quo fit ut cum venditor in rei vindicatione prior ſit emptore *d. l.* 41. *de rei vind.* conſequenter & potior ſit eo cui ſervitutem emptor ipſe conſtituerit. Aliud verò dicendum eſt in venditione quæ per redbibitionem reſcinditur, quo in caſu ſervitus etiam ab emptore impoſita durat argumento textus in *d. l.* 4. *quibus mod. pign. vel hypoth. d. l.* 43. §. 8. *de ædil. edict.* docet cum pluribus Salgado in labirintho x^a. *parte cap.* 13. vel ſi reſcindatur venditio beneficio *d. l.* 2. *C. de reſcind. vend.* aut revocatur donatio ex cauſa ingratitudinis, quia in his omnibus caſibus & ſimilibus, ut ſæpe dixi, non reſolvitur contractus, ſed reſcinditur, reſciſſio verò non efficit, ut medio tempore Dominus non fuiſſe credatur emptor qui ſervitutem impoſuit.

25 Contra quam doctrinam opponi poteſt textus in *l. in diem addicto* 9. *de aqua & aquæ ductu* ubi docet Paulus quod is qui fundum emit ſub pacto addictionis in diem, non poteſt ei ſervitutem aquæ ductûs imponere, niſi accedat conſenſus venditoris: ergo reſolubile dominium fundi in diem addicti non ſufficit ad conſtituendam ſervitutem. Deinde cum conſenſus utriuſque, emptoris ſcilicet & venditoris, exigatur, ſervitus ſemel impoſita adhuc ab alio meliore conditione allata reſolvi non poterit, ut ipſe juris conſultus fatetur. Ergo falsò diximus ſervitutem impoſitam ab emptore fundo in diem addicto meliore ab alio conditione allata reſolvi. Sed tamen dicendum eſt non requirere Paulum in eo textu conſenſum venditoris ad hoc ut emptor fundo in diem addicto imponere poſſit ſervitutem, ſed hoc potiùs ut adveniente reſolutione Dominii adhuc duret ſervitus ab emptore impoſita: utroque enim conſentiente, ſequuta aut non ſequutâ reſolutione, ſemper apparet à Domino impoſitam fuiſſe ſervitutem; cum enim ſervitus ab emptore impoſita, allatâ poſteà meliore conditione extinguenda ſit, vindicante prædium venditore; hunc caſum ait Paulus præcaveri poſſe, ſi in conſtituendâ ſervitute ab emptore ſimul exquiratur voluntas venditoris, quoniam, ut ſubjicit *in* §. *ſequenti*, hoc ita facto non poterit venditor impedire quominùs Dominus prædii dominantis ſervitute utatur, cum ſemel voluerit, & volenti nulla fieri intelligatur injuria: idque ſenſiſſe conſultum patet ex ipſo textu, ubi ad hoc exquiritur voluntas venditoris, ut ſive remanſerit penes emptorem, ſive receſſerit, certum ſit voluntate Domini conſtitutâ ſervitutem; quo etiam ſenſu accipiendum eſt, quod ſubdit *in* §. *ultimo d. l.* 9. ſcilicet quod non ſolius ejus, ad quem jus aquæ pertinet, voluntas exigitur in aquæ ceſſione, ſed etiam Domini locorum, etſi eâ uti non poſſit, quia recidere jus ſolidum ad eum poteſt.

26 Rursùs ſic argui poteſt; qui dominium obtinet reſolubile, ſi cauſa reſolutionis tollit ab initio conceptum Dominii, interim non poteſt eos actus exercere Dominii, qui ſemel utiliter facti nullam admittunt reſolutionem; ut ecce hæres legatum ſervum ſub conditione per vindicationem interim manumittere non poteſt *l. ſervum* 11. *de manum. l. generaliter* 29. §. 1. *qui & à quibus*, quia ſemel competens libertas nullam admittit reſolutionem *l.* 9. §. 1. *de manum. vind. cum ſimil.* quemadmodum nec in fundo ſub conditione legato per vindicationem, locum religioſum facere poteſt *l. ſi locus* 34. *de religioſ.* ſed ſervitus ſemel impoſita nullam admittit reſolutionem. Ergo qui emit fundum ſub pacto conditionis in diem, cum ſolum dominium habeat reſolubile, & aliàs cauſa reſolutionis, ut ſæpe dixi, tollat ab initio conceptum Dominii, non poterit interim ſervitutem imponere. Prob. min. Servitus, ut pote perpetua qualitas prædii, nec poteſt conſtitui ex tempore, aut ex conditione, nec ad tempus, aut uſque ad conditionem. Itaque ejus conſtitutio nec admittit conditionem initiativam, nec etiam conditionem reſolutivam; expreſſus textus in *l. ſervitutes* 4. *de ſervit.* ergo ſervitus ſemel impoſita nullam admittit reſolutionem, & per conſequens imponi non poterit interim ab emptore fundi in diem addicti. Augetur difficultas ex *l. Julianus* 5. *de fundo dotali.* ubi maritus qui reſolubile habet dominium rerum dotalium conſtante matrimonio, interim fundo dotali ſervitutem imponere nequit. Verùm reſpondeo quod licet verum ſit ſervitutem à Domino ſemel impoſitam reſolvi ipſo jure non poſſe, ſed ſolum tuitione prætoriâ per exceptionem doli *d. l.* 4. *de ſervit. ex reg. leg. obligationem* 44. *verſ. placet de oblig. & act.* tamen ſervitus impoſita ab emptore prædio ad diem addicto, reſoluto dominio, ipſo jure reſolvitur, quia retrò apparet à non Domino, & ſic inutiliter conſtituta. Itaque regula *d. l.* 4. locum habet cum cauſa reſolutionis producitur ex cauſa reſolutivæ conditionis adjectæ ipſi ſervitutis conſtitutioni; quo caſu cum ſervitus utiliter reperiatur à Domino conſtituta, finiri ex reſolutivâ conditione nequit, non verò cum reſolutio ſervitutis oritur ex defectu Dominii. Nec tunc obſtat textus in *d. l.* 5. *de fundo dot.* nam non ideò maritus non poteſt imponere ſervitutem fundo dotali, quod ſolum reſolubile dominium habet (hæc enim ratio probaret potiùs non ſolùm eum conſtituere ſervitutem poſſe, ſed & ſervitutem ſemel ab eo conſtitutam adhuc ſoluto matrimonio durare, quia cauſa reſolutionis non tollit ab initio conceptum Dominii in eo, ut dixi *ſuprà num.* 11.) ſed ex eo potiùs, quod cum *l. Julia* prohibita ſit alienatio prædii dotalis *l.* 1. *& per tot. de fundo dotali*, alienationis autem verbo ſervitutis quoque impoſitio contineatur *l.* 3. §. *pen. in fin. de reb. eorum* ſervitutem quoque imponere *l. Julia* maritus prohiberi in damnum uxoris, & dotis diminutionem intelligitur, docent Cujacius *lib.* 11. *obſerv. cap.* 28. Duaren. *ad tit. ſolut. matrim. cap. de fundo dotali.* Sed quamvis ſervitus non teneat ob hanc rationem, conſtante tamen matrimonio poterit uti hac ſervitute ille, in cujus favorem fuit conſtituta à marito, etſi non in ratione ſervitutis, quæ non tenuit, tamen in ratione commoditatis provenientis ex obligatione ipſius mariti, propter quam utentem repellere non poterit argum. *l.* 11. *de ſervit. ruſtic.* ex quibus jam apparet quàm falsò Schipbordeger *lib.* 3. *ad Ant. Fab. tr.* 11. *q.* 5. commendat ſervitutem in præfatâ ſpecie ſuſtineri non mero jure, ſed ex juris prætorii æquitate.

Denique ſic arguet aliquis: ſervitutes acquiſitæ ab emptore prædio in diem addicto non reſolvuntur allatâ poſteà ab alio meliore conditione: ergo & debent durare ſervitutes impoſitæ. 27

Conſequentia rectè infertur ; eadem enim eſt ratio impoſitionis & acquiſitionis ſervitutum , & quemadmodum nullus præter Dominum prædii poteſt imponere ſervitutem , ſic ſolus Dominos prædii dominantis poteſt ei acquirere ſervitutem *d. l. 6. & 8. commun. præd.* Antec. autem prob. ex textu in *d. l.* 11. §. 1. *in fin. quemadm. ſervit. amitt.* ubi ſervitutes acquiſitæ ab hærede fundo legato per vindicationem ſub conditione, non reſolvuntur poſt exiſtentiam conditionis, ſed legatarium ſequuntur ; cum tamen conditione exiſtente retrò appareat hæredem prædii dominantis Dominum non fuiſſe : ergo & ſervitutis acquiſitæ ab emptore prædio in diem addicto non reſolventur allatâ poſteà ab alio meliore conditione, & per conſequens durare etiam debent ab eo impoſitæ ſervitutes. Sed reſpondeo quòd licet allata conditione meliore ſolvantur ſervitutes impoſitæ ab emptore , non tamen reſolvuntur ſervitutes acquiſitæ , ut eleganter probat textus in *d. l.* 11. §. 1. quod ex benignitate procedit , ut indicat conſultus in illis verbis *magis eſt* quæ poteſtatem æquitatis denotant , ut in *l.* 2. *de litigioſ. junct. Galv. de uſufructu cap.* 35. *n.* 3. *in fin.* contra ſtrictum jus , quo inſpecto eadem procul dubio eſſe debet ratio impoſitionis & acquiſitionis ſervitutis : æquitatis autem ratio prævenit ex eo quod fictio illa qua efficitur ut dominium retrò allata meliore conditione ſemper penès venditorem manſiſſe , & ab eo nunquam abſceſſiſſe credatur , tota inducta eſt in favorem venditoris , cujus gratia addictionis in diem pactum concipi notum eſt , & ſic in ſervitute acquiſita ab emptore non debet fictio hæc in odium damnumque venditoris retorqueri ex reg. textus in *l. quod favore 6. C. de legibus.* Itaque non rectè deſumitur argumentum à duratione ſervituris acquiſitæ ad durationem ſervitutis impoſitæ ab emptore , ut doctè animadvertunt Caſtrenſis , Cujacius , Ant. Faber & alii in *d. l.* 11. §. 1. licet Ant. Faber ſui immemor & textus in *d. l.* 11. §. *dec.* 23. *err.* 5. *n.* 3. contrarium teneat , & aſſerat reſoluto dominio , reſolvi quoque ſervitutem medio tempore acquiſitam , quemadmodum extinguitur ſervitus impoſita.

28 Ex quibus principiis breviter profliganda eſt alia quæſtio quæ hic exagitari poteſt , an ſcilicet ſervitutes confuſæ ex cauſa acquiſitionis rei venditæ ſub pacto addictionis in diem , allata poſteà meliore conditione, reſtituantur , & an ipſo jure reviviſcant , an nova impoſitione opus ſit ? ut ecce dominus prædii dominantis emit ſub pacto addictionis in diem prædium ſerviens , vel Dominus prædii ſervientis emit ſub eodem pacto fundum dominantem , ſequuta traditione ſervitutes per confuſionem extinguntur *l. ſi quis ædes 30. de ſervit. urb. præd.* cum emptor utriuſque prædii , dominantis ſcilicet , & ſervientis , dominus eſſe cœperit ex reg. textus in *l.* 1. *quemadm. ſervitus amitt.* in re autem propria ſervitus conſiſtere nequeat *l. utifrui 5. ſi uſusfr. pet. l. in re comm. 26. de ſervit. urb.* ponamus poſteà reſolvi contractum allata ab alio meliore conditione ; quæritur an ſervitutes confuſæ ipſo jure reviviſcant abſque nova impoſitione , & quidem ſola juris ratione duce cenſeo dicendum , non tam ipſo jure reviviſcere ſervitutes confuſas , quàm ex poſtfacto apparere ab initio eas non fuiſſe confuſas , nec amiſſas , quia reſoluto contractu retrocreditur emptorem prædii in diem addicti Dominum nunquam fuiſſe , ut ſæpiùs inculcavi , & per conſequens nunquam confuſas ſervitutes , utpote ceſſante confuſionis ratione. Aſſumptum probo ex duplicis juris noſtri teſtimonio , 1°. ex *l. legatarius* 38. §. 1. *de leg.* 1. ubi ſi teſtator prædium ſerviens legaverit Domino prædii dominantis , & legatarius legatum repudiaverit , ait Pomponius ſervitutes confuſas non eſſe , quia licet dominium prædii ſervientis ipſo jure fuerit legatario quæſitum à morte teſtatoris *l. legatum* 80. *de leg.* 2. tamen cum repudiat , retrocreditur eum Dominum nunquam fuiſſe , ac ſi ei legatum relictum non eſſet *l.* 44. §. 1. *de legat.* 1. *l.* 1. §. *utrum 6. ſi quid in fraud. patro. l. quædam* 15. *de rebus dubiis* : ergo pariter cum allata meliore conditione retrocredatur emptorem fundi in diem addicti Dominum nunquam fuiſſe , dicendum eſt ex poſtfacto apparere ſervitutes non fuiſſe confuſas : 2°. ex *l. Dominus* 57. *de uſufr.* Ubi ſi Dominus proprietatem fructuario legaverit in teſtamento quod poſt agnitum legatum per inofficioſi querelam ruptum proponatur , ait Papinius ex poſtfacto apparere non fuiſſe amiſſum uſumfructum , quia licet uſusfructus per conſolidationem amittatur , cum uſusfructuarius acquirit proprietatem ejus rei in qua habet uſumfructum , tamen recepto poſteà teſtamento per inofficioſi querelam , quæ omnia revocat ad cauſam inteſtati , apparet teſtamentum nullum ſupereſſe , nec proinde legatum ullum ex quo proprietas acquiri potuerit *l. Pap.* 8. §. *pen. & ult. l. qui repudiantis* 17. *in fin. l. cum mater* 28. *de inoffic. teſt.* Unde eleganter Papinius aſſerit jus uſusfructus non tam reviviſcere poſt extinctionem , quàm nullo unquam tempore extinctum finitumque fuiſſe ex poſt facto apparere ; ſic hunc textum explicat Ant. Faber in ejus *rationali* , & *de : err. pragm. d. dec.* 23. *err.* 10. Ergo & in noſtra ſpecie ex paritate dicere debemus reſoluto contractu ſervitutes non tam reviviſcere poſt extinctionem , quàm nullo unquam tempore extinctas fuiſſe ex poſtfacto apparere.

Opponi tamen huic ſententiæ poſſunt textus 29
in *l. Papinianus* 18. *de ſervit. l. ſi ſervus* 70. §. *nam etſi fundus* 1. *l. hujuſmodi* 84. §. *ædes* 4. *l. legatum* 116. §. *ult. de legat.* 1. *l. cum filius* 76. §. *Dominus* 2. *de leg.* 2. in quibus omnibus ſi teſtator eum fundum qui fundo Titii ſerviebat , inſtituto Titio hærede , legaverit Sempronio , per aditionem hæreditatis confundi ſervitutes docent conſulti , & mox ſi legatarius legatum agnoverit , nova impoſitione opus eſſe , quam ne patiatur legatarius , ſubmovebitur per doli mali exceptionem , & è converſo docetur quod ſi teſtator hæredi inſtituto Domino prædii ſervientis prædium dominans alicui legaverit , ſervitus confuſa per aditionem hæreditatis , mox nova impoſitione reſtituenda eſt legatarin legatum prædii dominantis agnoſcenti ; tum ſic : cum legatarius legatum agnoſcit , retrocreditur Dominus fuiſſe à morte teſtatoris *d. l.* 44. §. 1. *de legat.* 1. *cum ſimilibus* , & hæres fingitur Dominus nunquam fuiſſe rei legatæ , & tamen non ſolum non dicitur ſervitutes confuſas non fuiſſe , ſed & aſſeritur extinctas reſtituendas eſſe , novâque ad id impoſitione opus eſſe. Ergo licet allata melinre conditione retrocredatur emptorem Dominum nunquam fuiſſe prædii in diem addicti , tamen dicendum eſt , non ſolum ſervitutes fuiſſe con-

ſuſas & reſtituendas eſſe, ſed & nova ad id impoſitione opus eſſe. Sed pro ſolutionum ſeparandum in hac parte, ſicut & in aliis, legatum vindicationis à legato per damnationem relicto; legato enim per vindicationem ſundo ſerviente, hærede inſtituto Domino prædii dominantis, vel è converſo legato per vindicationem, prædio dominante, hærede inſtituto Domino prædii ſervientis, nulla poteſt fieri confuſio ſervitutis argumento textus in *d. l.* 38. §. 1. *de leg.* 1. *d. l.* 57. *de uſufr.* quia dominium prædii legati poteſtate legis acquiritur legatario, & retrocreditur legatarium legatum agnoſcentem retro Dominum fuiſſe à morte teſtatoris, & rei legatæ dominium nunquam penes hæredem fuiſſe, ut loquuntur textus, qui de legato vindicationis ab omnibus accipiuntur in *d. l.* 44. *de leg.* 1. *d. l.* 80. *de leg.* 2. *cum aliis*, & per conſequens cum nunquam apud hæredem concurrat dominium prædii ſervientis & dominantis, non dicitur ſervitutes extinctas reſtituendas eſſe nova impoſitione, ſed ex poſtfacto apparere nunquam amiſſas aut extinctas fuiſſe; qua etiam ratione idem, ut jam dixi, contingit in præſenti; at legato per damnationem fundo, quod hæredis ſundo ſervitutem debebat, vel cui à fundo hæredis ſervitus debebatur, ipſo jure ſervitus confunditur, & extinguitur aditione hæredis interveniente, quia per eam dominium fundi per damnationem relicti acquiritur hæredi, & apud eum concurrit dominium utriuſque fundi dominantis & ſervientis; agnoſcente verò legatario legatum, iterùm ſervitus reſtituitur non quidem ipſo jure, ſed nova impoſitione; itaque cum legatus fuit fundus qui hæredis fundo ſerviebat, legatarius petens legatum doli mali exceptione repellendus eſt, ſi non pariter eam ipſam imponi ſervitutem quæ fuit ſublata per confuſionem: doli autem exceptio neceſſaria eſt hæredi, quia ipſo jure verum eſt legatum deberi ſine ſervitute, cum ſit confuſa, ſed æquitatem exceptionis illud inducit, quod cum legatarius petit fundum ſibi tradi liberum, qui fuerat ſervus penès teſtatorem, capiat lucrum ex damno alieno per occaſionem juris civilis contrà naturalem æquitatem *l.* 1. *de dol. mal. except.* nec enim audiendus eſt, ſi velit imputare hæredi, cur facto ſuo confunderit ſervitutem adeundo hæreditatem, quin potiùs id æqui bonique conſulere debet, habereque gratiam hæredi, quo non adeunte legatum intercidiſſet, nemo poteſt alteri factum objicere, ex quo ipſe lucrum ſentiat *l. ſi extraneus* 33. *l. cum in fundo* 78. §. *quod ſi mulier de jur. dot.* cum verò legatus fuit per damnationem fundus dominans, hærede inſtituto domino prædii ſervientis, legatario actio competit ex teſtamento contra hæredem, ut confuſam ſervitutem ei conſtituat, juxta quod intelligendi ſunt textus in argumento expenſi, qui loquuntur de legato relicto per damnationem, & explicanda ſunt illa verba textus in *d. l.* 18. *de ſervit. in omnibus ſervitutibus quæ aditione confuſæ ſunt*, quatenùs ſignificant, non ſemper aditione ſervitutes confundi, quando ſcilicet legatum per vindicationem relinquitur. Docet contra Accurſium & antiquiores Cujacius in *d. l.* 38. §. 1. *de leg.* 1. Ant. Faber *lib.* 20. *conject. cap.* 12. Schiphord. 3. *tr.* 11. *quæſt.* 1. *in fin.* Caſtillo *de uſufr. cap.* 9. *ex. n.* 9. *& cap.* 71. *ex n.* 9. Ex quibus idem dicendum erit reſciſſo contractu ex cauſa enormis læſionis, vel ſecuta retro traditione ex pacto de retrovendendo, quod diximus de legato damnationis, ut docet Ant. Faber *de err. d. dec.* 23. *err.* 10. *n.* 7.

30 Deinde contra ſuperiorem doctrinam, quatenus aſſeruimus fundo in diem addicto, & allata poſteà meliore conditione, ex poſtfacto apparere ſervitutes non fuiſſe confuſas, opponitur difficilis Juliani deciſio in *l. ſi tibi* 17. *quibus mod. uſufr. amit.* ubi cum teſtator legaſſet alicui uſumfructum fundi purè, & alteri proprietatem ſub conditione, is cui fuit legatus uſusfructus pendente conditione dominium proprietaris acquiſivit ab hærede, ex cauſa emptionis ponamus, vel alia ſimili, deinde extitit conditio; decidit Julianus eum cui nuda proprietas legata fuit, pleno jure fundum habiturum, nec intereſſe quod detracto uſufructu proprietas legata fuit, quia dum fructuarius poprietatem acquiſivit, jus omne legati uſusfructus amiſit. Suppono in hoc textu legatam fuiſſe fundi proprietatem per vindicationem, quod ex eo probo; nam, ut ait conſultus, quod proprietatem alienatam ab hærede pendente conditione, exiſtente ea, debet legatarius quod proprium eſt legati per vindicationem relicti *l. ſervo* 69. §. 1. *de leg.* 1. alias namque ſi legatum per damnationem relictum fuiſſet, legatarius non poſſet proprietatem ab hærede alienatam vindicare, ſed æſtimationem ſolùm ab hærede petere, cum eo nomine ſolùm habeat actionem perſonalem, quæ contra tertium poſſeſſorem non competit *l.* 25. *verſic. in perſonam de obligat. & act.* tum ſic exiſtente conditione legati relicti per vindicationem reſolvitur, omninò alienatio medio tempore ab hærede facta, perinde ac ſi non præceſſiſſet *d. l.* 69. §. 1. *d. l.* 1. *argum. textus in d. l.* 11. §. 1. *quemadm. ſervit. amit.* Cum retrocredatur legatarius Dominus fuiſſe à morte teſtatoris; & tamen reſoluta alienatione uſusfructus medio tempore confuſus, & conſolidatus, non ſolùm non dicitur ex poſtfacto non fuiſſe confuſus, verùm nec reviviſcit ipſo jure, nec nova impoſitione; ergo pariter adhuc reſoluta emptione fundi in diem addicti, non ſolùm dicendum erit ſervitutes fuiſſe confuſas, verùm ita extinctas, ut nec poſſint ipſo jure reviviſcere, nec nova impoſitione. Accurſ. Cujac. *lib.* 35. *ff. Juliani in d. l.* 17. & Ant. Faber in ejus *rationali* aſſerunt, ideò reſoluta alienatione uſumfructum medio tempore confuſum non reviviſcere, quia ex propria voluntate, & facto fructuarii extinctus fuit, tum verò demùm reſtitui defendunt, cum extinctus fuit per confuſionem reſultantem ex poteſtate legis abſque ullo fructuarii facto, quibus terminis intelligunt textus in *d. l.* 17. *de uſufr.* ubi docent confuſum uſumfructum poteſtate legis, qua invito & ignoranti fructuario fuit acquiſitum legatum proprietatis. Hæc tamen interpretatio admitti non poteſt. 1°. quia ex ea ſequeretur reſoluta emptione fundi in diem addicti, non reviviſcere ſervitutes medio tempore confuſas, cum confuſioni voluntas emptoris aut venditoris cauſam dederit; cujus tamen contrarium hucuſque ex juris ratione fundavimus. 2°. quia ex ea ſequeretur ſervitutes confuſas per aditionem hæreditatis non poſſe reviviſcere nova impoſitione, cum huic etiam confuſioni cauſam dederit voluntas hæredis, contrarium tamen conſtat ex *d. l.* 18. *de ſervit. cum ſimilibus.* Rursùs convin-

citur ex *l. 7. §. 1. de fundo dotali.* tandem convincitur ex *d. l. 17. de uſufr.* in cujus ſpecie falsò docent Accurſius & Ant. Faber uſumfructum fuiſſe confuſum ſola legis poteſtate, cum conſultus ponat fructuarium agnoviſſe legatum proprietatis, ut conſtat ex illis textus verbis ibi: idque prædium aliquando poſſeſſum legatarius reſtituere filio tenetur, & tamen licet voluntas fructuarii confuſioni uſusfructus cauſam dederit, uſusfructus ex poſtfacto reſoluta acquiſitione proprietatis apparet nunquam fuiſſe confuſus: ergo idem dicendum erat in ſerie *d l. 17.*

31 Qua interpretatione rejecta dicendum arbitror in ſpecie textus in *d. l. 17.* legatum per damnationem fuiſſe relictum, & ea ratione confuſum fuiſſe uſumfructum, eo ipſo quod fructuarius proprietatem ab hærede acquiſivit, nec poſſe reviviſcere exiſtente conditione legati proprietatis, quia exiſtens conditio non poteſt reſolvere alienationem medio tempore ab hærede factam, cum legatum per damnationem relictum eſt; ex ejus enim legati cauſa dominium ad legatarium non pertinet ante factam ab hærede traditionem, ut omnibus notum eſt; quam ſolutionem acceptam fero Azoni, quem refert Accurſius, qui aſſeruit in hujus textus ſpecie adhuc exiſtente conditione non retrocredi legatarium Dominum fuiſſe proprietatis à tempore mortis teſtatoris, quod nullo alio caſu procedere poteſt, quàm quo legatum per damnationem relictum ſit, Nec tunc ſuadet legatum per vindicationem relictum fuiſſe, quod conſultus aſſerit, ſcilicet legatarium exiſtente conditione pleno jure fundum habiturum, cujus proprietatem ea pendente hæres alienavit; nam licet fatear legati vindicationis proprium illud eſſe, ut legatarius rem ſibi legatam poſſit à quocunque poſſeſſore vindicare, tamen in legato etiam damnationis illud obtinebat, ut quoties hæres ſcienter rem legatam alienaſſet, remedio miſſionis in rem legatarius in rei legatæ poſſeſſionem mitteretur adhuc contra tertium poſſeſſorem *l. 1. C. commun. de leg. l. ſi quando 109. §. 1. de leg. 1. l. ult. §. ult. de leg. 2. l. quidam 25. §. 2. ad Trebell.* quos omnes textus ſic intelligit Cujacius *ad Novel.* junctis quæ tradidit Valent. *lib. 3. illuſtr. ad tit. de leg. 1. tr. 6. cap. 2. n. 13.* itaque optimè ſtat legatum per damnationem fuiſſe relictum, & legatarium poſſe pleno jure fundum habere, cujus proprietatem hæres alienavit, & ob id exiſtimo Julianum non dixiſſe fundum pleno jure vindicaturum, ſed ſolùm habiturum, remedio ſcilicet miſſionis in rem propriè legati relicti per damnationem. Verùm ſic adhuc dicet aliquis: ergo ſaltem nova impoſitione reſtituendus eſt uſusfructus argumento textus in *d. l. 18. de ſervit. cum ſimilibus.* Reſpondeo tamen in *d. l. 18. & aliis* reſtitui nova impoſitione ſervitutes ob rationem *d. n. 29.* quæ ceſſat in præſenti, nam is cui uſusfructus legatus fuit, ſibi debet imputare cur proprietatem acquiſierit, & eo modo uſumfructum extinxerit, & proinde non poteſt exceptione doli repellere eum cui fuit proprietas legata, dum utitur remedio miſſionis in rem, etſi non patiatur imponi uſumfructum ſemel extinctum & conſolidatum. Ex quibus jam manifeſtè apparet non tenere argumentum deductum ex *d. l. 17.* ad noſtrum caſum fundi venditi ſub pacto addictionis in diem.

32 Ulterius contra id quod diximus *in fine numeri 24.* ſcilicet ſervitutes confuſas reſciſſo contractu ex cauſa enormis læſionis reſtitui non quidem ipſo jure, ſed nova impoſitione, expendi poteſt textus in *l. quoties 34. verſic. etſi Titius de uſufr.* ubi Titio & Mævio fuit legatus uſusfructus, ita ut alternis annis fruerentur. Titius eo anno quo fruebatur, proprietatem acquiſivit, & ſic amittit uſumfructum, qui tamen alternis annis pertinebit ad Mævium; mox ipſe Titius proprietatem quam acquiſierat alienavit; aſſerit Julianus quod eo ipſo habebit uſumfructum, quin nova impoſitione opus ſit; tum ſic: etſi maximè Titius proprietatem quam acquiſivit alienavit, tamen cum acquiſitio non reſolvatur, non retrocreditur Dominus non fuiſſe proprietatis, & tamen ex cauſa ſequutæ alienationis ex poſtfacto apparet eum non amiſiſſe uſumfructum. Ergo idem dicendum erit caſu quo reſcinditur contractus ex cauſa enormis læſionis, vel alia ſimili; cui difficultati reſpondendum eſt, quod cum uſusfructus alternis annis legatur, plura ſunt legata, & recurrentibus alternis quibuſcunque, repetitus & relegatus videtur uſusfructus *l. 1. §. ult. cum leg. ſeq. quibus mod. uſusfr. amit.* Ex quo provenit, quod Titius eo anno quo proprietatem accepit, uſumfructum amittit. Si verò proprietatem alienaverit ſequentium annorum, ipſo jure uſumfructum habebit, quaſi ex novo legato, ex quo in hunc etiam caſum amiſſus uſusfructus intelligitur repetitus, cujus rei confirmationi illud exemplum adjicit conſultus; ſi is cui uſusfructus fuit ſub conditione legatus, interim proprietatem ab hærede acceperit, pendente autem conditione eamdem alienaverit, admittitur ad legatum uſusfructus, quia eo tempore fuit acquiſita, & mox adempta proprietas, quo uſusfructus nondum pertinebat ad eum qui proprietatem acquiſivit, ſcilicet ante exiſtentiam conditionis: quare idem dicendum eſt de uſufructu alternis annis relicto, quo caſu primi anni legatum purum eſt, ſequentium annorum conditionale *l. 4. de ann. leg.* docet Anton. Faber *in rationali d. l. 34.* Cujacius *35. ff. Juliani in ead. l. & in d. l. 17. quibus mod. uſufr. amit.* Aliud verò dicendum eſſet, ſi fuiſſet purè uſusfructus legatus, tunc enim ita per acquiſitionem proprietatis extingueretur, ut nullus reſtitutioni locus ſupereſſet. Ex quibus jam patet argumenti ſolutio.

33 Infertur etiam ex his quæ diximus de poteſtate reſolutionis contingenti ex vi pacti addictionis in diem, locationem ab emptore medio tempore factam, allata meliore conditione ipſo jure reſolvi. Ponamus emptorem fundum quem ſub pacto addictionis emerat, locaſſe, & poſteà meliorem conditionem allatam eſſe; tunc ſecundus emptor qui meliorem attulit conditionem, impunè poteſt expellere conductorem; in quo tamen non elucet poteſtas reſolutionis; nam quocunque titulo Dominus fundum quem locaverat in alium tranſtulerit, ſingularis ſucceſſor non tenetur ſtare locationi; imò poteſt conductorem expellere *l. emptorem 9. C. de locato. l. ult. ff. de jur. fiſci.* Sed tamen cum conductor expulſus à ſingulari ſucceſſore ante elapſa tempora conductionis habeat regreſſum contra locatam rem, actionem ſcilicet ex conducto ad intereſſe, ut conſtat ex *d. l. ult. de jure fiſci, cum ſimil.* quæritur an conductor expulſus à ſecundo emptore ante elapſa conductoris tempora, poſſit ex conducto agere ad intereſſe contra primum emptorem

locatorem; & quidem exiſtimo ſequentem diſtinctionem adhibendam; aut conductor ſcivit locatorem dominium habere reſolubile, aut ignoravit; ſi ſcivit, non habet actionem ex conducto; ſolùm tamen pro ratâ temporis quo fruitus eſt, penſionem præſtare tenebitur; ſi verò ignoravit, quia deceptus fuerit à locatore, habet actionem ex conducto ad intereſſe; ut in non diſſimili caſu diſtinxit eleganter Ulpianus in *l. ſi quis domum 9. §. 4. locati.* ubi Ant. Faber *in rationali.* Nec poteſt primus emptor à ſecundo cautionem indemnitatis exigere; id enim ſolum permittitur marito qui fundum dotalem locavit, qui ſoluto matrimonio non aliter fundum reſtituere uxori cogendus eſt, quàm præſtita de indemnitate cautione *l. ſi filio-familias 25. §. ult. ſolut. matrim.* quod ſpeciale favore dotium receptum eſt, ut facilius rerum dotalium conductores inveniantur, ſcientes regreſſum adversùs maritum ſoluto matrimonio habituros, & ne ex ea cauſa præjudicium inferatur marito, ei per cautionem indemnitatis proſpicitur, docet ſic & eleganter textus in *d. l. 25. §. ult.* explicat Ant. Faber *de err. dec. 24. err. 4.*

34 Sed enim verò tota doctrina in hoc capite, ſcilicet quod reſoluto primo contractu nullum omninò jus remanet penes emptorem, quia poteſtate reſolutionis titulus redit ad non titulum, cauſa ad non cauſam, tanquam ſi nullus contractus præceſſiſſet, nimis offenditur ex textu in *l. ubi autem 4. §. idem Julianus 4. hoc tit. & ex l. 11. §. ſi fundus 10. quod vi aut clam.* ubi docet apertè Ulpianus ex Juliano interdictum *quod vi aut clam* accommodandum eſſe emptori in noſtris terminis, etiam poſt meliorem allatam conditionem; at meliore allata conditione ipſo jure reſolvitur contractus: ergo etiam poſt reſolutionem reſidet aliquis titulus apud emptorem. Huie difficultati communiter ſatisfaciunt Interpteres aſſerendo in dictis juribus ſolum concedere conſultum interdictum emptori, antequàm melior conditio afferatur, non verò poſt; quod optimâ ratione inductum aïunt, quia medio tempore Dominus fuit rei venditæ contractu purè celebrato, quod ſupponunt; unde nulla ratione poterat ei interdictum denegari, secùs verò poſt factam ab alio addictionem, quia prorsùs extincto titulo per reſolutionem, nullum ſupereſt fundamentum ad interdicti conſiſtentiam. Verùm quia ſuæ interpretationi obeſſe agnoſcunt conſulti deciſionem, qui in dictis locis ſolum utile interdictum emptori accommodat, ibi: *Utile interdictum habebit*, quod profectò vero Domino directum competeret, ut ipſimet fatentur, diverſimodè prædicta verba exaudiunt. Accurſius ideò ubi utile interdictum appellari ait, non quod directum non competat, ſed utile, quia efficax; Ant. Faber *in rationali ad d. l. 4. §. 4. hoc tit.* ideò ibi utile interdictum emptori accommodari docet, quia propter metum reſolutionis qua interveniente nunquam Dominus fuiſſe emptor crederetur, nequit ei directum interdictum concedi, ſed utile tantùm. Sed neutra ſolutio admitti poteſt; non ea quam tradit Accurſius; nam ex ipſis textibus conſtat quod ante allatam meliorem conditionem directum interdictum competit emptori, poſt eam verò allatam utile, quod venditi judicio præſtare cogitur, ſicut & fructus medio tempore perceptos: non etiam tradita ab Aut. Fabro tum ob eamdem rationem, tum etiam quia medio tempore emptor verus Dominus eſt, nec metus reſolutionis ei admittit directam vindicationem *l. non ideò minùs 66. de rei vind.* ergo nec tollere debet directum interdictum ante allatam meliorem conditionem. Ex quibus difficillima ſanè redduntur hæc jura, cum adhuc poſt meliorem allatam conditionem, & ſic poſt contractum reſolutum emptori tribuant utile interdictum contra ſuperiùs dicta.

35 Ut tamen huic difficultati ſatisfaciam, priùs adverto quod interdictum *quod vi aut clam* non præciſè Domino competit, ſed his quorum intereſt opus factum non eſſe *d. l. 11. §. ult. cum l. ſeq. l. ſemper 15. §. fin. l. competit 16. quod vi aut clam*, nec mutatur mutatione dominii, namque ſi ſemel Domino competere cæperit ob intereſſe, perpetuò ei competit, etſi fundum in quo opus fuit factum alienaverit, nec ad emptorem tranſit *d. l. 11. §. ſi poſteà quàm 8. quod vi aut clam.* Si verò poſt venditionem fundi opus factum eſt, ante traditionem competit venditori interdictum, qui tamen quod ex ejus cauſa fuerit conſecutus, emptori præſtare tenetur, ad quem perfecto contractu commodum omne & incommodum pertinet *d. l. 11. §. planè ſi poſt 9.* quod omne ex eo pendet, quod hoc interdictum ei competit, cui vis illata eſt, vel cui denunciatio facta non eſt, cum ei fieri deberet; unde cum adhuc mutato dominio, verum ſit vim novo Domino illatam non eſſe, ſed veteri, & denunciationem tempore quo opus factum eſt, non novo Domino fieri debuiſſe, ſed veteri, mutatione dominii non poteſt interdictum mutari. Ex quibus principiis veniunt intelligendi textus in *d. l. 4. §. 4. hoc tit. & in d. l. 11. §. ſi fundus 10. quod vi aut clam*, in quibus rectè docetur quod ſi in fundo in diem addicto ante allatam meliorem conditionem, opus vi aut clam factum ſit, interdictum competit emptori, cujus intereſt opus factum non eſſe; ſi verò poſteà melior conditio allata fuerit, adhuc emptor utile habet interdictum, quod venditi judicio præſtare & cedere cogitur venditori; cujus rei ea ratio eſt, quia interdictum hoc allata meliore conditione, non poteſt tranſire ad venditorem, cujus faciendi operis tempore nihil interfuit, ut licet ex reſolutione contractus retrò Dominus fuiſſe credatur, tamen fictio hæc ſolùm locum habet reſpectu rei venditæ, & ejus augmenti, quod vel inſeparabiliter ipſi rei venditæ inhæret, vel ſaltem ex ipſa re vendita proficiſcitur, non verò actionis ex alterius delicto medio tempore quæſitæ; quod & evenit in ea fictione qua legatarius legatum agnoſcens retrocreditur Dominus à morte teſtatoris: textus elegans in *l. huic ſcripturæ 15. ad l. Aquil.* Itaque remanet interdictum penes emptorem, non quidem directum, quia reſoluto contractu retrocreditur ejus nihil interfuiſſe faciendi operis tempore, ſed utile benignitatis æquitatiſque ratione, quæ in eo ſtat quod fictio illa, quæ efficit ut allata meliori conditione retrocreditur emptor Dominus nunquam fuiſſe, tota inducta eſt in favorem venditoris, & ſic in interdicto medio tempore ab emptore quæſito, non debet in damnum venditoris, & odium retorqueri, ut in terminis ſervitutis medio tempore acquiſitæ quæ benignitatis ratione durat, dicebamus *n. 27.* in ejus verò damnum retorqueretur, ſi ejus ratione diceremus interdictum non competere

emptori,

emptori, nam venditor ex ſua perſona non poteſt interdictum habere, ſed ſolùm ex perſona emptoris qui illud ei cedere tenetur; itaque ſi ex ratione fictionis interdictum denegaretur emptori, in effectu denegaretur venditori, & ſic fictio in ejus favorem inducta ei noceret, quod eſſet abſurdum; præterea & delictum ejus qui vi aut clam opus fecerat, aliàs impunitum remaneret; tunc ergo vera eſt ratio ob quam exiſtimo utile interdictum reſoluto contractu emptori competere.

36 Licet parumper ab hujus capitis inſtituto recedamus, operæ pretium eſt penitùs inveſtigare fundo in diem addicto cui competat interdictum, *quod vi aut clam*, & quidem ex *d. l.* 11. §. *lego* 12. *in fin. quod vi aut clam*, evincitur ſuper ea re fuiſſe controverſiam inter Caſſium & Julianum; Caſſius interdictum dabat venditori, quia conditionalem & imperfectam eſſe venditionem exiſtimabat: Juliano aliud judicium fuit *d. l.* 11. §. 10. *d. l.* 4. §. 4. *hoc tit.* quod dubio caret, cum traditio fundi facta eſt ex cauſa emptionis; ſi verò fundus in diem addictus traditus non ſit emptionis jure, ſed precario, vel ex conductionis cauſa, quod plerumque fit *l.* 3. *C. de pactis inter empt. & vend. l.* 13. §. *poſſeſſionem* 21. *de act. empt. l. ea quæ* 20. *de precar. l. ſervi emptor* 16. *de peric. & commod. rei vend. cum ſimil.* dubitari poteſt an emptori competat interdictum, an venditori? Verùm his quoque caſibus Ariſto emptori interdictum accommodat in *d. l.* 11. §. *Ariſto* 11. quia licet Dominus non ſit, ejus tamen intereſt opus factum non eſſe; quam ſententiam amplectitur Ulpianus in *d.* §. *lego* 12. poſteriore caſu, quando ſcilicet fundus traditus eſt ex cauſa conductionis, ſine dubio; priore verò, cum ſcilicet traditio facta fuit precariò, dubitatur, ut apparet ex illa nota *videamus*, quæ diffidentis eſt, & in id tamen ſe magis inclinare demonſtrantis. Itaque priora textus verba quibus ſine dubio interdictum emptori accommodat conſultus, non ſunt legenda prout extant in libris Florentinis, ſed adjecta negatione, prout in aliis libris leguntur hoc modo: *Ego, ſi poſt in diem addictionem factam non precario traditus ſit, putem emptorem interdictum, quod vi aut clam, habere*, ut hoc modo conſultus decidat caſum quo fundus traditus fuit ex cauſa emptionis, & alterum quo traditus fuit precario, vel ex cauſa conductionis: ſic docet Cujacius *lib.* 2. *obſerv. cap.* 25. licet fatear Florentinam lectionem poſſe retineri, prout eam retinuit Robertus *lib.* 1. *receptar. cap.* 35. quem iterùm breviter reprehendit Cujacius *lib.* 16. *obſerv. cap.* 29. Oſſuald. *lib.* 15. *cap.* 34. *lit. I.* planè ſi poſt allatam meliorem conditionem opus vi aut clam factum ſit, interdictum in omnium ſententia competit venditori, qua in re non certabat cum Juliano Caſſius *d.* §. 12. *in fin. verſ. plane.* tandem in §. *ſi ita prædium* 13. *ejuſdem l.* 11. addit Ulpianus quod ſi ita prædium venierit, ut ſi diſplicuiſſet, vel quid aliud eveniſſet, inemptum eſſet, faciliùs interdictum competit emptori, ſi modo ſit in poſſeſſione; ait faciliùs, quia inter omnes conſtitit in his caſibus puram eſſe emptionem *l.* 3. *de contrah. empt. l.* 2. §. *ſi in diem* 4. *pro emptore*, quod non ſimiliter dici poteſt in venditione facta ſub pacto commiſſorio, nam hanc eſſe conditionalem exiſtimabat Sabinus *d. l.* 2. §. *Sabinus* 3. *pro emptore*, Verùm cum contraria Proculi ſententia obtinuerit, ut latè dixi *cap.* 1. hujus commentarii, hoc quoque caſu idem decidit Ulpianus in *d.* §. 13. *in fin. d. l.* 11. *quod vi aut clam*, quem textum ita eleganter explicat Cujacius *d. lib.* 2. *obſ. cap.* 25. *circa finem.*

Jam ex diverſiculo ad viam redeamus. Ruſùs longè fortiùs in præjactam doctrinam inſurgunt difficiles textus in *l. ſi hominum* 19. *de uſucap. & in l. ſi duobus* 6. §. *ult. de diver. & temp. præſcript.* in quibus aſſerunt Jabolenus & Afric. uti poſſe venditorem acceſſione poſſeſſionis, quæ medio tempore fuit penes emptorem, poſt reſolutum contractum poteſtate pacti addictionis vel commiſſorii, quemadmodum acceſſio medii temporis illi prodeſt redhibita re vendita *l. Pomponius* 13. §. *præterea* 2. *de acquir. poſſ.* Manifeſtè ergo evincitur etiam poſt contractùs reſolutionem aliquod jus penes emptorem reſidere. Tanta & adeò ingens eſt hæc difficultas, ut D. Retes *lib.* 3. *opuſc. ad lib. ſingul. quæſt. Scæbolæ in l. de acceſſionibus* 14. §. *ita* 62. *de diver. & temp. præſcript.* conſtanter affirmet acceſſionem medii temporis ex perſona emptoris nequire venditori prodeſſe in his terminis. Cæterùm venia hujus magni præceptoris contrariam ſententiam amplecti cogunt expreſſa Javoleni & Africani teſtimonia in *d. l.* 19. *&* 6. §. *ult.* aſſerentia prodeſſe venditori in prædicto caſu acceſſionem medii temporis ex perſona emptoris, quæ ita exaudiunt Accurſius & Cujacius in *recitatione* ad textum in *d. l. Pompon.* 13. *in principio &* §. *ſi liber* 2. *de acquir. poſſ. & in l. id tempus* 14. *de uſucap. &* 9. *quæſt. Afric. in d. l.* 6. *de diverſ. & temp. præſcr.* & ea ratione procedere aiunt, quia etiam reſoluta venditione cauſam habet venditor ab emptore, ſaltem naturalem, ſcilicet redditionem rei, & quia intelligitur venditor rem ab emptore redemiſſe, & quaſi ab eo retro emiſſe (quamvis hoc inficietur D. Retes ubi ſupra) quemadmodum in redhibitione, quod ex dictis juribus conſtat expreſsè, & ex *d. l. Pompon.* 13. §. *præterea* 2. Unde nihil obſtat textus in *l. ſi à te* 9. §. *Julianus* 2. *de except. rei jud.* qui forte in contrariam ſententiam magnum præceptorem traxit; nam rectè docet Cujacius in *d. lib.* 9. *quæſt. Afric. in d. l.* 6. ideò ibi non poſſe opponi venditori exceptionem ex perſona emptoris, quia nullo facto emptoris, ſed aliunde eam rem obtinuit, quod idem in noſtro caſu obſervaretur, ſi nullam cauſam ab emptore venditor haberet. Docent Cujacius in *d. l.* 13. §. 2. *de acquir. poſſ. &* 9. *quæſt. Afric. in d. l.* 6. *de diverſ. & temp.* Barthol. in *d. l. ſi hominem* 19. *de uſucap. & in d. l.* 9. §. 2. *de except. rei jud.* Verùm hæc Cujacii & Barth. interpretatio ex eo peniùs videtur everti & funditùs corruere, quia falſum eſt dicere venditorem cauſam habere ab emptore. 1°. quia retrovenditio nulla ſupponi poteſt, quæ non intervenit; diſſimilia namque ſunt pactum addictionis & commiſſorium, à pacto de retrovendendo. Deinde nec redditio, nec traditio rei deſideratur, quo caſu per verba directa contractus celebratus fuit, quippe etiam ea non interveniente venditorem vindicare, ut infra latiùs dicemus. Si ergo nec retrovenditio ſupponi poteſt, nec redditio, vel traditio rei neceſſaria eſt, ſequitur evidenter nullam cauſam ab emptore

habere venditorem. Corruit ergo Cujacii & Bartholi ſententia.

38 Fateor equidem tanti ponderis hoc dubium eſſe, ut radicitùs evelli videatur interpretatio à Cujacio & à Barth. aſſignata; cæterùm adhuc illam veram mihi facilè perſuadeo, quamvis longè intenſiori expoſitione indigentem non inficier. Aſſero igitur reſoluta venditione poſſeſſionem medii temporis prodeſſe venditori ex perſona emptoris, ut expreſsè docent Javolenus & Afric. in *d. l.* 19. *& in d. l.* 6. §. 1. eorumque deciſionem ea ratione niti defendo, quam præſtiterunt Cujacius & Barthol. Videlicet quia venditor cauſam habet ab emptore, à quo intelligitur rem accipere, vel quaſi retro-emere. Sed conſtituo (& forte ſine duce, neminem namque præ manibus habui quem ſequerer) hanc Cujacii & Bartholi rationem non eſſe accipiendam reſpectu dominii, vel cujuſlibet alterius juris, ita ut neceſſaria ſit redditio rei, vel ſuppoſitio retrovenditionis, ut venditor queat dominium vel alia jura acquirere, quia ſtatim ac reſoluta eſt emptio, tranſeunt hæc omnia ad venditorem, ſine ullo emptoris facto, ut circa dominium infra fundabimos, & de aliis juribus jam latè diximus; ſed præcisè & reſtrictè exaudiendam ſolius poſſeſſionis intuitu, ut ſenſus ſit; ideò medii temporis poſſeſſio venditori proficit ex perſona emptoris, quia ab eo cauſam habere venditor intelligitur, vel ex eo quod rem ab alio accepiſſe creditur reſoluto contractu, vel quod ab eo retrò-emiſſe præſumitur. Si verò nunc inquiras qua ratione neceſſe ſit titulum vel cauſam ſupponere intuitu poſſeſſionis? Dico ea de cauſa & eleganti profectò hoc jus inductum eſſe, quia ad continuandam poſſeſſionem requiritur ſucceſſio, ſaltem reſpectu illius, hoc eſt, quod ille qui proſecuturus eſt in poſſeſſione ſuccedat in locum poſſidentis *l. an vitium* 5. *l. de acceſſionibus* 14. *per omnes* §. *de diverſ. & temp. præſcr.* §. *diutina* 10. *cum ſeq. inſt. de uſucap.* ubi repetentes: at hæc ſucceſſio nequit ſine aliquo titulo vel cauſa contingere, ut probant apertè allata jura; optimè ergo reſponſum eſt ideò venditorem uti acceſſione medii temporis ex perſona emptoris, quia ob cauſam & titulum habere intelligitur, ſaltem naturalem, quæ ſufficit ad acceſſionem *d. l.* 13. §. *ſi is qui precario* 7. *de acquir. poſſ.* Verùm nunc inſtabis dicendo, quod licet benè verum ſit titulum & cauſam adeſſe debere ad conſtituendam poſſeſſionem, tamen nequeunt hæc in noſtra hypotheſi intervenire, quia reſolutio omnia penitùs abolendo, nequit permittere, quod aliquis titulus vel cauſa penes emptorem reſideat.

39 Sed enim verò reſpondeo reſolutionem ſuas vires exercere tantùm circa dominium & alia jura, non tamen circa poſſeſſionem, quod quamvis in hac noſtra materia inſolens & invium, parùmque facile, notum, ne dicam novum, videatur, eo ſolidò fundari juris noſtri principio facilè oſtendam; nempe; quia reſolutio quantumvis virtute retrotractionis dominium, & omnia jura tribuat venditori, tanquam ſemper Domino, ſublato venditionis conceptu; poſſeſſionem tamen medii temporis ideò ei non valet concedere reſolutio, quia poteſtas retrofictionis, vel retrotractionis, nequit ſupponere venditorem poſſeſſorem medio tempore fuiſſe; fictiones namque, ut notum eſt, ad cauſam poſſeſſionis, utpote facti, non extenduntur, quod patet in fictione poſtliminii, inter quam & reſolutionem de qua tractamus, adeſt maxima circa hanc partem ſimilitudo, quæ licet ſervitutis imaginem delendo, dominium & omnia jura præcedentia, & intermedia reverſo ab hoſtibus reſtituat *l. illa inſtitutio* 32. §. 1. *de hæred. inſt. l. lege* 12. *de teſtam. l. lex* 28. *de vulg. l. in bello* 12. §. 1. *de captiv. l. apud hoſtes* 9. *cum duobus ſequentibus, eodem, cum aliis pluribus ſeq.* ubi hanc doctrinam latè fundat Santolaria *interpr.* 22. tamen poſſeſſionem intermediam reverſus non recuperat, quia cum in facto conſiſtat, nequit eſſe in ſuſpenſo, ob idque nullam invenit fictionem, quam poſſit reſtituere *l. denique* 19. ubi Cujacius 3. *quæſt. Pap.* Ex quibus cauſis major *l. ait Prætor* 23. §. 1. *eod. l. in bello* 12. §. *facti* 2. *de captiv. l. ſi is qui* 15. *de uſucap.* docet D. Retes *d. lib.* 6. *cap.* 11. *per totum.* Santolaria *ubi nuper.* Valent. *lib.* 1. *illuſtr. tr.* 3. *cap.* 10. *&* 11. Pariformiter ergo quamvis reſolutio venditionis conceptum prorsùs tollat ad ſimilitudinem fictionis poſtliminii, circa dominium tantum & alia jura vigorem ſuum exercet, non verò circa poſſeſſionem, quæ cum inſpecta veritate penes emptorem ſteterit ratione contractus *l. poſſideri* 3. §. *etſi alii* 9. *&* §. *etſi rem* 18. *de acquir. poſſ.* argum. textus in *l. qui pignoris* 35. *l. res* 36. *l.* 1. §. *per ſervum* 15. *l. generaliter* 9. *eod. tit.* nequit venditori proficere, cum ad eam non ſe extendat reſolutio, nec retrofictio, niſi reſpectu illius titulum vel cauſam habeat ab emptore *d. l.* 9. §. *Julianus* 2. *de except. rei jud. d. l.* 5. §. 14. *de diverſ. & temp. præſcr.* Recta ergo ratione aſſertum eſt venditorem cauſam & titulum intelligi habere ab emptore, ut poſſeſſio medii temporis ei prodeſſe valeat: quod præterquàm quod opus fuit ſupponere, ut jam vidimus, valde æqoum etiam & rationi conforme eſt, ne ſcilicet venditor qui reſoluta venditione ſemper rei Dominus fuiſſe creditur virtute retrotractionis, nequeat gaudere acceſſione medii temporis ex perſona emptoris, qui licet verè poſſederit, ſciebat tamen ſe ex cauſa poſſidere, quæ poſſet reduci ad non cauſam, & quæ tota reſtituenda eſſet venditori exiſtente conditione, tanquam quæ nunquam ab illo diſceſſiſſet; quæ omnia ad prædictam difficultatem diluendam penſitabamus, dum alius meliora, cui libenter ſubſcribemus.

Hæc procedunt in venditione contracta ſub 40
reſolutiva conditione ex vi pacti addictionis in diem. Quid ergo dicendum erit, ſi venditio non pura, ſed conditionalis fuerit, & conditio defuerit? an utetur venditor acceſſione poſſeſſionis ex perſona emptoris ad complendam aut continuandam uſucapionem alienæ rei venditæ? & quidem Accurſius reſpondet poſſeſſionem emptoris venditori prodeſſe debere ex *d. l. Pompon.* 13. §. *ſi is qui* 7. *de acquir. poſſ.* ubi Ulpianus ſcribit eum qui precario conceſſit, non poſſe quidem uti acceſſione, quandiu manet precarium, ſed ſi receperit poſſeſſionem rupto precario, ei accedere poſſeſſionem ejus temporis quo precario poſſidebatur. Ant. Faber *in rationali ad d. l.* 4. *hoc tit.* E converſo aſſerit tempus, quo res fuit penes emptorem, venditori prodeſſe ex perſona ſua, non ex perſona emptoris; utramque

Digitized by Google

ſententiam diſtinctione adhibita veram exiſtimo; aut actum fuit inter contrahentes de transferenda purè poſſeſſione in emptorem, & tunc vera eſt Accurſii ſententia quæ probatur ex *d. l.* 13. §. 7. aut actum fuit de transferenda poſſeſſione ſub eadem conditione, ſub qua actum fuit de transferendo dominio, & tunc veriſſima eſt ſententia ea ratione, quam ipſe adducit; omnis quæſtio de acceſſione poſſeſſionis præſupponit acquiſitionem poſſeſſionis in ejus perſona, ex qua acceſſio poſtulatur; acceſſiones enim nec alii proſunt, nec ex aliorum perſona quàm qui habent propriam poſſeſſionem *d. l.* 13. §. *pen. de acquir. poſſ. l. ult. de diverſ. & temp. præſ.* at poſſeſſio non minùs quàm dominium poteſt transferri ſub conditione, ut proinde conditione deficiente, licet tradirio facta ſit, nulla tamen poſſeſſio tranſlata eſſe intelligatur *l. qui abſenti* 38. §. 1. *de acquir. poſſ.* cum ergo nullam propriam poſſeſſionem habeat is cui fundus addictus eſt in diem ſub conditione quæ poſteà defecerit, abſurdum eſt dicere venditori prodeſſe acceſſionem poſſeſſionis ex perſona emptoris: dicendum tamen eſt prodeſſe venditori tempus quo res fuit apud emptorem ex ſua propria perſona, quia poſſeſſio non fuit interrupta; per mediam enim emptoris perſonam venditor poſſidet argum. textus in *l. quod meo* 18. *de acquir. poſſ.*

41 Ultimò ex dictis infertur, quod quamvis meliore conditione non allata, vel pecunia ad diem ſoluta appareat emptorem ſemper Dominum fuiſſe venditione purè celebrata, tamen defecta condirione, vel pretio non ſoluto, ſemper dominium venditoris fuiſſe creditur, quia ſublato penitùſque extincto emptionis titulo virtute reſolutionis, dominium ab emptore diſcedere, & ad venditorem redire neceſſe eſt. *l. ſi quis hac lege* 41. *de rei vind. d. l. ubi autem* 4. §. *ſed & Marcellus* 3. *hoc tit. l. ſi fundus* 4. *de lege commiſſor. l. qui ea lege* 3. *l. commiſſoriæ* 4. *C. de pactis inter emptorem & vend.* docent Donellus *d. lib.* 16. *cap.* 18. & 19. *ubi* Oſſ. *lit. F.* Ant. Faber *in rationali ad d. l.* 41. *de rei vind. & ad d. l.* 4. §. 3. *hoc tit.* Cujacius in *comment. ad tit. C. de pactis inter empt. & vend.* Cæterùm licet in hoc conſentiant omnes interpretes, quod ſcilicet reſoluta venditione redit dominium ad venditorem, in eo tamen multùm variant, & valdè ſe torquent, an videlicet revertatur cum traditione emptoris, vel ſine ea ipſo jure? in qua re Cujacius *ad tit. C. de pactis inter empt. & vend.* Ant. Faber *in rationali ad d. l.* 41. *de rei vind. & ad l.* 4. §. 3. *hoc tit. & ad l. ult. de lege commiſſor.* Valentia *lib.* 1. *illuſtr. tr.* 2. *cap.* 4. *n.* 12. & 13. Ant. Gom. *tom.* 2. *var. cap.* 2. *n.* 30. & 31. affirmant nequire dominium ad venditorem redire ſine retrotractione emptoris, cujus ſententiæ fundamenta hæc ſunt: Dominium rei venditæ ſub pacto addictionis aut commiſſorio, tradirione ſequuta tranſit ad emptorem *d. l.* 4. §. 3. *hoc tit.* ergo ut revertatur ad venditorem requiritur actus retro ſimilis, id eſt, ut interveniat retrotraditio *l. ab emptore* 58. *de pactis l.* 1. & 2. *C. quando liceat ab emptione diſcedere*, cum abſque traditione nulli poſſit acquiri dominium ex vulg. reg. textus in *l. traditionibus* 20. *C. de pactis.* Expendunt textum in *d. l. qui ea lege* 3. *C. de pact. inter empt. & vend.* ubi diſertè ſcribit Alexander quod qui prædium vendidit ſub pacto commiſſorio, ſi non precariam poſſeſſionem tradidit, rei vindicationem non habet, ſed actionem perſonalem ex vendito, per quam ſcilicet cogat emptorem ad retrotraditionem, quæ etiam competere dicitur venditori in *l. ſi fundus* 4. *de lege commiſſ.* ſed rei vindicatio eſt præcipuus effectus dominii *l. in rem actio* 23. *de rei vind. cum ſimilibus.* ergo ſine retrotraditione dominium non revertitur ad venditorem. Itaque ex *d. l.* 3. inferunt non competituram venditori vindicationem niſi ſolo caſu quo poſſeſſio tantùm precaria emptori tradita ſit, quia tunc non deſinit venditor poſſidere, licet quodam modo emptor quoque poſſidere dicatur, *l. certè* 6. §. *is qui* 2. *l. & habet* 15. §. *eum qui* 4. *de precario*, & juxta hunc ſenſum intelligunt textum in *d. l.* 4. *C. de pact. inter empt. & vend.* ne obſtet ſuæ ſententiæ, tandem & poſſent in hanc rem expendere textus in *d. l.* 19. *de uſucap. d. l.* 6. §. 1. *de diverſ. & temp. præſ. l. ſi prædium* 4. *C. de ædilitiis act.* in quibus omnibus & aliis ſimilibus dicitur, quod eveniente reſolutione creditur venditor ab emptore rem retro-emere, & pari paſſu dicitur ambulare reſolutio contractus dimanans ex his pactis cum redhibitione emptionis, adeò ut actio redhibitoria venditori eo nomine adversùs emptorem competere dicatur; atqui notum eſt quod eum contractus reſcinditur per actionem redhibitoriam, dominium non revertitur ad venditorem abſque traditione, & facto emptoris, ut in ſuperioribus ſatis oſtendi ex *l.* 43. §. 8. *de ædil. edict. cum aliis.* Ergo pariter reſoluto contractu dominium rei in diem addictæ non revertitur ad venditorem ſine traditione emptoris.

Ab hac Cujacii, Fabri & Valentiæ ſententia in effectu non diſtat ea quam ſequitur D. Menchaca *controv. uſufrequent. lib.* 3. *cap.* 69. ut Oſſuald. *d. lib.* 18. *cap.* 19. *litt. F.* diſtinguit enim inter caſum quo nec facta fuit ſolutio pretii, nec ulla de eo habita fides, & caſum quo rei pretium ſolutum eſt, vel fides de eo habita; & in hoc affirmat dominium ſine retrotractione non reverti ad venditorem, quia ſcilicet tranſlatum fuit ad emptorem ex regula textus in *l. quod vendidi* 19. *l. ut res* 53. *de contrah. empt.* in illo nulla traditione opus eſſe defendit, quia veritate etiam inſpecta nunquam diſceſſit à venditore dominium, tantùmque precaria poſſeſſio emptori tradita fuit; & hanc ſententiam præter adducta pro ſuperiore fundamento, probat ex eo etiam quod ſi quis rem alicui tradiderit ex juſta cauſa, quæ poſtea redierit ad non juſtam cauſam, dominium non revertitur ſine retrotraditione ad eum qui tradidit; nec rei vindicationi locus eſt, ſed conditioni ſine cauſa *l.* 1. §. *fin. & ferè per totum de condict. ſine cauſa*, pariter & dominium rei mortis cauſa donatæ, ſequuto caſu revocationis, non revertitur ipſo jure ſine traditione ad donatorem *l. cum quis* 12. *de condict. cauſ. data cauſ. non ſeq.* Ergo etiam reſoluto contractu dominium non poteſt reverti ad venditorem ipſo jure, ſed media emptoris retrotraditione. Tandem D. Menchaca *ubi nuper n.* 6. monet quæſtioni huic ſolum locum eſſe in emptione celebrata ſub pacto addictionis, cujus vi dominium reſolubile in emptorem transferri fatetur, non verò in emptione celebrata ſub pacto commiſſorio, ex qua irreſolubile, & revocabile dominium exiſtimat in emptorem tranſire. 42

43 Omiſſis his opinionibus ex qoibus neutra placet, quarumque falſitas mox apparebit, libens amplector ſententiam quam tenueruut Accurſ. Bald. Cynus & cæteri antiquiores repetentes ad *d. l.* 41. *de rei vind. & ad l.* 20. *C. de pactis.* Donell. *d. lib.* 16. *cap.* 18. *ad fin. & cap.* 19. *ante med.* Oſſuald. *d. cap.* 18. *litt. C. & d. cap.* 19. *litt. F.* quam communem appellat Ant. Faber *de err. dec.* 22. *err.* 1. *n.* 4. *& err.* 3. *n.* 7. qui conſtanter affirmant, & rectè, reſoluto contractu purè celebrata nulla retrotraditione opus eſſe, ut dominium ad venditorem redeat, ſed illicò ei rei vindicationem competere. Sententia hæc probatur ex ſequentibus: allata meliori conditione, & ſic reſoluto contractu, dominium ipſo jure diſcedit ab emptore, ita ut nunquam Dominus fuiſſe videatur, ut expreſsè probant textus io *d. l.* 41. *de rei vind. & in l.* 4. §. 3. *hoc tit.* & ipſi etiam adverſarii. Ergo dominium ipſo jure redit ad venditorem, perinde ae ſi ab eo nunquam diſceſſiſſet. Probo conſequentiam: ideò dominium ipſo jure diſcedit ab emptore, quia reſolutio efficit, ut nullus unquam titulus interceſſiſſe credatur; ſed ſi nulla emptio interceſſiſſet, dominium ſemper penes venditorem manſiſſet. Ergo fictio ea quæ efficit ut dominium diſcedat ipſu jure ab emptore, perinde ac ſi Dominus nunquam fuiſſet, efficere etiam debet, ut dominium ipſo jure redeat ad vendirorem, perinde ac ſi ſemper penes eum manſiſſet, & nunquam ab illo diſceſſiſſet: rursùs traditio ſolùm exigitur ad acquirendum dominium *d. l.* 20. *C. de pactis cum ſimilibus* ſed reſoluto contractu vi fictionis retrotractivæ venditor non intelligitur denuò dominium acquirere, ſed imò creditur nunquam dominium amiſiſſe. Ergo ineptè exigitur traditio, ut dominium recurrat ad venditorem. Ampliùs: tum demum efficax eſt traditio ad tranſlationem dominii, cum à Domino fit *l. traditio* 20. *de acquir. rer. dom. cum vulg.* ſed reſoluto contractu emptor ipſo jure Dominus eſſe deſinit, ipſis fatentibus adverſariis. Ergo fruſtra ejus exigimus traditionem. Conſequentia patet; nam traditio illa utpote facta à non Domino, nequit ſufficere ad transferendum dominium in venditorem. Ergo fatendum eſt ſine traditione ipſo jure ad eum redire dominium. Nec hæc noſtra fundamenta diluet, qui reſponderit traditionem intercedere debere ea ratione, quia adhuc attenta fictione retroactiva dici non poteſt venditorem medio tempore poſſediſſe juxta dicta *n.* 39. imò verum eſt non ſolùm medio tempore, ſed & reſoluto contractu ante retrotraditionam poſſeſſionem eſſe penes emptorem; cum verò dominium ſine poſſeſſione aequiri non poſſit *l. ſi ager* 50. *de rei vind.* ut pluribus fundat Valent. *lib.* 2. *illuſtr. tr.* 2. *cap.* 4. *ex n.* 5. exigitur traditio emptoris, non quidem ut transferat dominium, quod ipſa transferre nequit, ſed ut transferat poſſeſſionem, & in conſequentiam acquiſitæ poſſeſſionis dominium acquiratur venditori. Non, inquam, qui hæc dixerit diluet adducta fundamenta; nam etſi fatear poſſeſſionem remanere penes emptorem reſoluto contractu, nego tamen requiri traditionem poſſeſſionis, ut dominium recurrat ad venditorem; tum quia regula illa quæ habet dominium ſine poſſeſſione acquiri non poſſe, locum ſibi non vindicat in præſenti; nam, ut jam dixi, reſoluto contractu, venditor non acquirit denuò dominium, ſed imò nunquam creditur amiſiſſe; tum etiam quia implicat omninò, ut in conſequentiam tranſlatæ poſſeſſionis à non Domino trausferatur dominium, ut notum eſt; itaque ex his evincitur dominium ipſo jure redire ad venditorem, perinde ae ſi ab eo nunquam diſceſſiſſet, licet non aliàs ei poſſeſſio acquiratur, quàm facta retrotraditione ab emptore non Domino. Deinde pro hac ſententia decretorius eſt textus in *d. l. commiſſoria* 4. *C. de pactis inter empt. & vend.* ubi dicitur reſoluto contractu eſſe in poteſtate venditoris eligere vindicationem, quam porrò eligere non poſſet, ſi Dominus eo tempore non inveniretur. Solutio verò Fabri & aliorum qui reſpondent in hoc textu precariam tum fuiſſe poſſeſſionem in emptorem tranſlatam, ut divinatoriè explodenda eſt, idem probat textus in *l. ult. de lege commiſſor.* ubi reſoluto contractu competit rei vindicatio, quæ utpote præcipuus effectus dominii *l.* 23. *de rei vind.* ſupponit dominium eſſe ipſo jure penes venditorem.

Ex his conſtat falſam eſſe utramque ſententiam relatam *n.* 41. *&* 42. Cum utraque aſſerat dominium tranſlatum in emptorem non poſſe ipſo jure redire ad venditorem reſoluto contractu ſine retrotractione emptoris, cum tamen contrarium veriſſimum eſſe jam ſatis oſtenderimus. Nec tunc obſtant adverſariorum fundamenta: non deductum ex *d. l.* 20. *C. de pactis* qood ſatisfuit ſolutum ſuperiori *num.* Nec etiam textus io *d. l.* 58. *de pactis & in l.* 1. *&* 2. *C. quando liceat ab empt. diſcedere*, qui ſolùm probant quod re non integra non poſſunt contrahentes perfectum contractum emptionis & venditionis reſolvere nudo conſenſo, ſed ad id requiritur actus retro ſimilis, id eſt novus emptionis contractus; aliud verò procedit, quando in ipſo venditionis contractu adjectum ſit pactum reſolutivum, cujus adeò ingentem eſſe poteſtatem ſæpe dixi, ut ipſo jure contractum reſolvat, & ejus vi ipſo jure dominium redeat ad venditorem. Difficiliores habet nexus textus in *d. l. qui ea lege* 3. *C. de pactis inter empt. & vend.* Pro cujus vera expoſitione & noſtræ ſententiæ, & eleganti limitatione dicendum eſt ſententiam noſtram, quæ tenet reſoluto contractu dominium ipſo jure redire ad venditorem, procedere cum venditio fuit verbis directis celebrata, veluti *res inempta ſit, diſcedatur ab emptione*, & aliis ſimilibus, non verò cum venditio contracta fuit per verba obliqua, veluti *reſtituatur, revertatur, reddatur res* ut *in d. l.* 3. tunc enim, ut rectè ſcribit Alexander Imperator, venditor non habet rei vindicationem, ſed actionem ex vendito, niſi precariam poſſeſſionem ſolùm tranſtulerit in emptorem, quia tunc poſſeſſio quæ remanet penes venditorem ſufficit, ut res vindicari poſſit argumento textus in *l.* 16. §. *in vindicatione l.* 17. *de pign.* ratio diſcriminis inter utrumque caſum provenit ex voluntate contrahentium, quæ dat legem contractui, quæque ex verbis quibus utuntur in paciſcendo, dignoſcitur; etenim verba directa, cum nullum exigant factum emptoris, indicant contrahentes voluiſſe ipſo jure reſolvi contractum; & ſine ullo emptionis facto dominium ad venditorem redire; è converſo verò verba obliqua, cum exigant factum emptoris, denotant voluiſſe paciſcentes contractum non ipſo jure reſolvi, ſed media demum retrotraditione domi- 44

nium ab emptore tranſire ad venditorem. Unde in vendirione cui adjicitur per obliqua verba pactum addictionis aut commiſſorium, omnia intervenient, quæ procedunt, cum contractus ex alia cauſa reſcinditur, ut facilè colligitur ex *d. l.* 3. *C. de pactis inter emps. & vend.* quam differentiam inter directa & obliqua verba probant textus in *l.* 2. *& in l.* 7. *C. eod. tit.* Vide quæ dixi ſupra *num.* 13.

45 Huic ſolutioni & limitationi quam tradunt noſtræ ſenteutiæ aſſertores relati *n.* 43. opponi exiſtimat Ant. Fab. textum in *d. l.* 41. *de rei vindicatione*, in cujus ſpecie contendit pactum addictionis in diem conceptum fuiſſe per obliqua verba, ſcilicet *recedatur ab emptione*, & tamen dicitur allata meliore conditione ipſo jure diſcedere dominium ab emptore. Cui difficultati, omiſſa Bartholi ſolutione, quam rectè reprehendit Faber in ejus *textu rationali.* Reſpondeo verba illa quibus pactum addictionis conceptum fuit, ſcilicet *recedatur ab emptione*, non eſſe obliqua, ut ſomniat Ant. Faber, ſed directa, nec enim ullum exigunt factum emptionis, ſed imò indicant paciſcentes voluiſſe ab emptione ipſu jure diſcedi allata meliore conditione; itaque rectè aſſeruit conſultus meliore allata conditione ipſo jure dominium ab emptore diſcedere & ad venditorem redire. Fortiùs poſſet Faber ſolutionem noſtram impugnare, ex difficili & non notato ad rem textu in *l. ſi mortis cauſa* 29. *verſ. ſi vero ſic de mortis cauſa donat.* ubi proponitur ita rem fuiſſe donatam, ut jam nunc haberet donatarius, redderet verò, ſi convaluiſſet, vel de prælio, vel peregrè rediiſſet donator: & quæritur quænam actio competat? & reſpondet Ulpianus interim in rem actionem competere, quia in eum fuit tranſlatum dominium: ſi vero aliquo caſu revocetur donatio, veluti quia eorum aliquod contigiſſet, in rem etiam actionem ad repetendam donationem competere donatori; tunc ſic: En ubi clauſula reſolutiva fuit adjecta donationi mortis cauſa per obliqua verba, ſcilicet *redderet*; & tamen exiſtente revocationis caſu ſine traditione donatarii, redit dominium ad donatorem: ergo licet pactum addictionis fuerit per obliqua verba conceptum, meliore tamen allata conditione debet ipſo jure redire dominium ad venditorem. Sed tamen ut reſpondeam adverto quod ſi verba directa adjecta fuerint revocationi donationis, dominium ipſo jure redit ad donatorem, quo caſu judico veram eſſe ſententiam quam docent Covartuv. in *rubr. de teſtam.* 3. *parte à n.* 23. Ant. Gom. *lib.* 2. *var. cap.* 4. *n.* 20. Secus vero ſi per obliqua concepta donatio fuerit; nec tunc obſtat textum in *d. l.* 29. nam dico actionem in rem quæ in ejus ſpecie datur non eſſe directam, ſed utilem quæ ſolet ſavorabiliter concedi illis qui vel rerum ſuarum dominium amiſerunt, vel non ſunt perfectè adepti *l.* 1. *C. de donat. quæ ſub modo l. Pomponius* 5. §. *de arbore* 3. *de rei vindicatione l. ſi duo* 13. §. 1. *de jurejur. l. quæ res* 52. *de jur. dot.* itaque utilis actio in rem donatori competit, quæ etiam concurrit cum conditione data, cauſa non ſequuta *l. qui mortis* 30. *de mortis cauſa donat.* Cum hæc ratione cauſæ non ſequuta detur, illa ex æquitate dominii amiſſi ſine cauſa poſt revocatam donationem, docent Cujac. 2. *ad Afric. in l.* 23. *de mort. cauſ. donat.* Donell. *lib.* 14. *cap.* 33. *& ibi* Oſſuald. *litt. M.* Fab. *de err. dec.* 44. *err.* 10. quos refert & ſequitur D. Retes *lib.* 2. *opuſc. ſect.* 2. *cap.* 5. *n.* 6.

Deinde non obſtat textus in *d. l.* 4. *de lege commiſſ.* qui licet concedat venditori actionem ex vendito, non tamen negat ei vindicationem non ſimul, ſed ſeparatim, quod idem dicitur in *d. l. commiſſoria* 4. *de pact. inter empt. & vend.* Nec etiam obſtant textus in *d. l.* 19. *de uſucap. & in d. l.* 6. §. 1. *de diverſ. & temp. præſ. & in d. l.* 4. *C. de ædilitiis act.* nam in *d. l.* 19. *& in d. l.* 6. §. 1. ideo dicitur reſoluto contractu intelligi venditorem rem retro-emere, ut ſcilicet intelligatur, cauſam habere ab emptore, ut ex ejus perſona acceſſione poſſeſſionis utatur, & quoad hunc effectum ſolum pari paſſu ambulat contractus reſolutio cum redhibitione juxta ea quæ dixi *n.* 38. *&* 39. *in d. verò l.* 4. *C. de ædil. act.* ita fuit pactum reſolutivum conceptum, ut ſi prædium diſplicuerit, inemptum ſit, quo caſu fatentur Interpetes exiſtente conditione contractum ipſo jure reſolvi; docent tamen redhibitoriam actionem quæ competit, cum res vitium aliquod latens habens ignoranti emptori vendita eſt, hoc etiam caſu emptori adversùs venditorem competere, ſcilicet ut rem cogatur accipere, & pretium reſtituere; ex hoc autem non infertur dominium non redire ipſo jure ad venditorem reſoluto contractu, ſicuti nec ex eo quod adveniente reſolutione venditori competere dicatur actio ex vendito contra emptorem in *d. l.* 4. *de lege commiſſor.* quod procedit cum per verba directa pactum reſolutivum conceptum fuerit, veluti *reddatur*, *redhibeatur*, ut in *d. l. ſi convenerit* 16. *de rei vind. & in l. quod ſi nolit* 31. §. *ſi quid ita venierit* 22. *de ædil. edict.* tunc enim, ut ex his juribus conſtat, rei venditæ dominium non redit ad venditorem ipſo jure, ſed media emptoris traditione, & ſola actio perſonalis, quo nomine competit tam emptori quàm venditori. Denique non obſtat ultimum fundamentum expenſum *n.* 42. deductum ex *d. l.* 1. §. *fin. de condict. ſine cauſa*, & ex *d. l.* 12. *de conditione cauſa data cauſa non ſeq.* nam reſpondeo quod licet in eis tepetatur dominium conditione, mediante traditione, ut conſtat ex integris illis titulis, hæc tamen ideò procedit, quia remanet adhuc conceptus tituli antecedentis quantumvis inefficacis; ut etiam contingit, cum emptio reſcinditur per actionem redhibitoriam, vel ex cauſa enormis læſionis, aut cum donatio revocatur ex cauſa ingratitudinis; poteſtas verò reſolutionis tollit omninò conceptum venditionis, ut loquar cum Papinio in *l. ſi patroni* 55. §. *actiones* 5. *ad Treb.* Sublato verò conceptu tituli aut contractus, retrocreditur dominium nunquam in emptorem fuiſſe tranſlatum, ſed imò ſemper penes venditorem manſiſſe, & ab eo nunquam diſceſſiſſe. Illa vero differentia tradita à D. Menchaca inter pactum addictionis & commiſſorium quam retuli *n.* 42. frivola & futilis eſt, adeò ut refutatione non egeat. Maneat ergo ex his reſoluto contractu ipſo jure dominium ad venditorem redire abſque ulla emptionis traditione. 46

Sed quando in ſuperioribus ſæpe in text. in *d. l.* 41. *de rei vind.* incidimus, eum penitùs explicemus; totus enim eſt de pacto addictionis in diem, ejus verba ſic ſe habent. *Si quis hac lege emerit, ut ſi alius meliorem conditionem attu-* 47

Digitized by Google

lerit, recedatur ab emptione: poſt allatam conditionem, jam non poteſt actione in rem uti. Sed ſi cui in diem addictus ſit fundus, antequam adjectio ſit facta, ut in rem actione poteſt; poſteà non poterit. Statim ſe offert difficultas; quæritur enim quid inter priorem & poſteriorem ſpeciem interſit, cum in utraque & addictio in diem, & iiſdem verbis facta conventio proponatur. Reſpondeo cum Accurſio quem ſequitur Ant. Faber in ejus textus *rationali*, primam partem accipiendam eſſe de re mobili, poſteriorem verò de immobili; ipſa etenim verba oſtendunt in ſecunda parte tractari de fundo: ergo in prima de re mobili tractatur, & quia cum de vindicanda re aliqua ſimpliciter loquuntur conſulti, de re mobili ſemper intelliguntur; nam in res mobiles magis propriè cadebat illa vindicationis formula quæ in jure apud Prætorem uſurpabatur, *hanc rem &c.* cum res mobiles facilè in jus ad Prætorem duci vel ferri poſſint, immobiles verò non poſſint, ſed tantum pars aliqua glebæ, vel cæmentorum, quæ totum fundum aut ædificium repræſentaret, ut latè & eruditè oſtendit Oſſuald. *lib.* 20. *comment.* Donell. *cap.* 1. *litt. A.* Sed tune meritò quæres, cur ergo adjecit Ulpianus mentionem de fundo in diem addicto, poſtquam de re mobili in diem addicta loquutus fuit? Reſpondeo cum Fabro ea ratione adjectam fuiſſe ab Ulpiano fundi mentionem, quia difficilius videri poſſet, ut emptor fundi in diem addicti deſineret eſſe Dominus fundi poſt meliorem allatam conditionem, quàm emptor rei mobilis; ſolet enim faciliùs & dominium & poſſeſſio rerum mobilium amitti, quàm immobilium, ut probant textus in *l. unicâ C. de uſucap. transfer. princip. inſt. de uſucap. l. ſi rem mobilem* 47. *junct. l. peregrè* 44. §. *ult. de acquir. poſſ.* Sed tamen nulla inſpectione *d. l.* 41. differentia eſt inter rem mobilem diſtractam ſub pacto addictionis io diem, & rem immohilem, quoniam eadem juris ratio eſt, cum de dominio rei per conventionem aut amittendo, aut acquirendo tractatur, & hæc eſt vera & genuina textus ſententia.

48 Ultimus reſolutionis effectus ille eſt, ſcilicet quod reſoluto contractu emptori adversùs venditorem competit actio ex empto, ut pretium reſtituat quod ei prænumeravit, ſicut & ſumptus neceſſarios, quos in rem emptam fecit medio tempore *d. l.* 16. *hoc tit.* Nec enim æquum eſſet, nec ex bona fide, ut emptor & rem amitteret & pretium *l. bona fides* 50. *de act. empr.* Unde & retentio ei competit, ut non priùs rem quam emit, reſtituere venditori teneatur, quàm fuerit ei pretium reſtiiurum argum. textus in *l. Julianus* 13. §. *offerri* 8. *de act. empt.* is etenim eui actionem damus, & retentionem multò magis debet habere *l.* 1. §. *is autem* 4. *de ſuperficiebus*, *l. invitus* 156. §. 1. *de reg. jur.* hæc verò actio ex empto competit primo emptori contra venditorem; non verò contra poſteriorem emptorem qui meliorem conditionem attulit *l. ult. hoc tit.* cujus rei ea eſt ratio; actio perſonalis, quæ naſcitur ex contractu non ſequitur ſingularem ſucceſſorem, cum quo nihil contractum eſt *l. ult. de contrah. empt. l.* 1. §. *ſi hæres* 16. *ad Treb.* at nullus contractus irritus eſt inter primum & ſecundum emptorem: ergo nulla actio primo emptori contra ſecundum danda eſt, ſicut nec ſecundo emptori competit actio ex empto ad perendam rem eontra primom emptorem, ſed ſolùm contra venditorem. Huic tamen ſententiæ illam limitationem addit Pap. in *d. l. ult.* niſi delegatio jure ſtipulationis interpoſita ſit; tunc enim poſterior emptor liberatur à venditore, & obligatur primo emptori ex reg. text. in *l. pen. de novat. cum ſimilibus.* poteſt etiam citra delegationem in poſteriorem emptorem prior agere ad pretium, ſi poſterior conſtituerit ſe ei ſoluturum pretium, licet tunc nou fiat novatio *l. ubi quis* 28. *de conſtituta pecunia*, poteſt etiam venditor priori emptori cedere actionem ad pretium contra poſteriorem emptorem, vel ei dare nomen illud in ſolutum, & tunc etiam licet ex eo novatio non contingat *l.* 3. *C. de novat.* poteſt prior emptor adversùs poſteriorem experiri, docet Cujacius *lib.* 3. *reſp. Pap. in d. l. ult. hoc tit.* addit & alium caſum Accurſius quo putat poſſe primum emptorem contra ſecundum ad pretium experiri in ſubſidium, ſcilicet ſi venditor ſolvendo non ſit argum. textus in *l. ſi in cauſa* 2. *C. quando fiſcus vel privatus debitor ſui debit. convenire poſſit.* Sed fallitur; nam quod debitor ſolvendo non ſit, non ſufficit ut creditor debitoris ſui debitores poſſit convenire, nec contrarium probat textus in *l.* 2. nam, ut rectè Cujacius docet in *l.* 3. *C. de oblig. & act.* procedit, cum condemnato debitore ab executoribus rei judieatæ, nomen debitoris pignori capitur, quod jure fit *l. etiam* 5. *C. de execut. rei judicata.* tunc enim ratione pignoris rectè poteſt creditor experiri adversùs ſui debitoris debitorem *l. nomen* 4. *C. quæ res pignori l. ſi convenerit* 18. *de pign. act.* idemque etiam libenter procedere fatebor in terminis textus in *d. l. ult.* ſi eadem ponatur ſpecies. Quibus tractatus noſtri extrema limina tangimus.

DON JOANNIS PUGÆ ET FEIJOO

JURISCONSULTI ET PRIMARII ANTECESSORIS SALMANTICENSIS.

TRACTATUS ACADEMICUS IV.

DE LEGE COMMISSORIA.

CAPUT PRIMUM.

IN QUO, QUÆ REQUIRANTUR, UT LEX COMMISSORIA VIRES EXERCEAT inveſtigatur.

1 POST expoſitum titulum de in diem addictione, otioſus forſan videri poſſet præſens commentarius propter magnam affinitatem & ſimilitudinem quam habet lex commiſſoria cum pacto addictionis; ni in aliquibus proprium quoddam & ſeparatum jus ſibi lex commiſſoria vindicaret, quod ſolum illuſtrandum ſuſcipio: adjiciam tamen quædam, quæ cum communia ſint utrique pacto, in terminis tamen legis commiſſoriæ conſulti diſputarunt. Lex ergo commiſſoria, ut jam rem ipſam aggrediamur, nihil eſt aliud quàm pactum reſolutivum in venditionibus adhiberi ſolitum, hac formula, vel alia ſimili conceptum, *ut ſi ad diem pecunia ſoluta non ſit, res ſit inempta l. cum venditor 7. l. ſi fundum 4. l. lege 5. l. ult. hoc tit.* Cujus conventionis poteſtas in eo elucet, quod cum ex *l.* 12. *tab.* habita fide de pretio dominium rei venditæ & traditæ transferatur in emptorem *l. quod vendidi* 19. *l. ut res* 53. *de act. empt. §. vendita res* 41. *inſt. de rer. diviſ.* nec probabilis cauſa reſcindendæ venditionis oriatur, ex eo quod pretium emptor ſtatuta die non perſolverit *l. ea conditione* 14. *C. de reſcind. vend.* hac conditione adjecta venditor ſibi proſpicit adverſùs perfidiam, aut moram emptoris, ut ſi forte poſt habitam ei fidem de pretio, in eo tamen ſolvendo die ſtatuta ceſſaverit, contractus reſolvatur, & rei venditæ dominium redeat ad venditorem, perinde ac ſi nunquam ab eo receſſiſſet. Dicitur verò hæc lex, ſeu conventio, commiſſoria, quia ſe ipſam committit, ſola culpa aut negligentia emptoris non ſolventis, nec aliquod poſitivum alicujus factum exigit; in quo diſtat à pacto addictionis in diem, quod tertii alicujus adjectionem deſiderat; & ideò commiſſorium dici non poteſt. Ex quo intelligimus quàm ridiculè Hothoman. & ejus Aſſeclæ exiſtimarint legem commiſſoriam unam eſſe ex Romanis legibus à populo rogatis ſenatorio Magiſtratu interrogante; legem enim commiſſoriam dum dicimus, pactionem intelligimus, quam idcirco legem appellamus, quia juſtæ cujuslibet conveoventionis jus, hoc eſt, ut legem det contractui *l.* 1. *§. ſi convenerit 6. depoſiti. l. contractus* 23. *de reg. jur. l. legem* 10. *C. de pactis.* Infertur etiam, quàm ineptè Cujacius & alii pactum legis commiſſoriæ dicant; nam cum lex ipſa commiſſoria nihil aliud ſit quàm pactum, ut diximus, perinde eſt ac ſi pactum pacti commiſſorii appellarent. Dicere itaque ſemper debemus legem commiſſoriam, aut pactum commiſſorium, non pactum legis commiſſoriæ, docet Ant. Faber *in rationali ad l.* 1. *hoc tit. & de err. dec.* 21. *err.* 1.

Pactum hoc commiſſorium ideo in venditionibus admiſſum eſſe ex ſententia Pap. *lib.* 3. *reſp.* ſcribit Ulpianus in *l. Julianus* 13. *§. ibidem* Pap. 26. *de act. empt.* quia in eo fœnus illicitum non contrahitur, ſed lex contractui non improbata dicitur, ad differentiam pacti, in quo convenerit, ut ad diem pretio non ſoluto duplum venditori præſtetur, quod ideo non admitti docet, quià cum legitimam uſuram excedat, in fraudem conſtitutionum adjicitur, in quo cum Pap. & Ulpian. omnis conſultorum ſchola conſenſit: Verùm ingens inter eos fuit controverſia, an ſcilicet emptio celebrata ſub pacto commiſſorio pura eſſet, an conditionalis? ut conſtat ex *l.* 2. *§. Sabinus* 3. *pro emptore. l. is qui* 11. *§. ſi ita in prædium* 13. *junctis §§. antecedentibus quod vi aut clam*, quam Ulpianus decidit *lib.* 18. *ad Sabinum in l.* 1. *hoc tit.* in cujus expoſitione non immoror, omnia enim quæ circa emptionem celebrata ſub pacto addictionis in diem diſputavimus in *comment. ad tit. ff. de in diem addic-* 2

tione, integro cap. 1. an ſcilicet pura eſſet, an conditionalis, procedunt etiam in emptione ſub lege commiſſoria contracta. Videamus itaque quæ requirantur, ut vigore pacti hujus commiſſorii contractus reſolvatur? & quidem ſi intra diem præfixum emptor pretium ſolverit venditori, perinde contractus confirmatur, ac ſi nullum pactum ei fuiſſet inſertum; ſi verò emptor fidem fefellerit, id eſt, pretium intra diem ſtatutum venditori non ſolverit, lex commiſſoria ſuas exerit vires, & contractum reſolvit, perinde ae ſi ounquam intercesſiſſet. Circa quam rem notandum eſt, contractum non reſolvi poteſtate legis commiſſoriæ; etſi eo die in quem pretii ſolutio collata eſt, pretium ſolutum non fuerit, ſed eo demum die tranſacto in qoem ſolutio collata eſt; nec enim certum eſt eo die pretium ſolutum non eſſe, priuſquam is dies præterierit; itaque totus ille dies arbitrio emptoris tribui debet. Quæ doctrina pendet ex eo juris noſtri principio, qoo docemur tempus adjectum in contractu pro reo, non pro creditore eſſe *l. cum tempus* 17. *de reg. jur.* & ex obligatione in diem collata non recte agere creditorem, niſi partes omnes adjecti temporis præterierint. *l. qui hoc anno* 42. *de verb. obl. l. lecta* 40. *verſ. igitur & verſ. ſed cum ſortis de reb. cred.* §. *omnes* 2. *in fin. de verb. obl.* §. *ult. inſt. de inutil. ſtipul.* quod locum habet generaliter in die adjecto differendæ obligationis gratia, licet aliud obtineat in die adjecto cauſa repræſentandæ ſolutionis *l. liber homo* 118. §. 1. *de verb. obl.* aut etiam cauſa multiplicandæ obligationis *l. eum qui* 56. *de verb. obl. l.* 20. *quando dies legati cedit.* §. *at ſi ita ſtipuleris* 3. *inſt. de verb. obl.* quibus caſibus tempus non pro debitore, ſed imò pro creditore adjicitur, docet Donell. in *d. l.* 42. *de verb. obl.* præcipuè *num.* 5. unde facto argumento ab obligatione in diem contracta ad contractus reſolutionem in diem eonceptam apparet, quod licet pactum commiſſorium venditoris præcipuè cauſa adjiciatur *d. l.* 2. *l.* 3. *d. l.* 4. §. *eleganter* 2. *hoc tit.* tamen cum negari non poſſit diem ſolurioni adjectam pro emptore fuiſſe, nimirum ſolutionis differendæ cauſa, lex commiſſoria vires ſuas non exerit, niſi tranſacto toto illo die in quem pretii ſolutio eollata fuit.

3 Illud etiam circa hanc partem obſervatione dignum eſt, quod docet Marcell. in *l.* 2. *de diverſ. & temp. præſcr.* Scilicet quod ſi quis fundum ea lege vendiderit, ut niſi in diebus triginta pretium eſſet ſolutum, ioemptus eſſet fundus; ſi forte eo anno biſſextum fuerit, dies intercalaris emptori non proficit; nam licet cum biſſextum calendis eſt, biduum habeatur pro uno die poſteriore die intercalato *l. cum biſſextum* 98. *de verb. ſign.* tamen hoc ſolum procedit in tempore legitimo, quod augetur die intercalari, ut in tempore uſucapionis, & in actionibus quæ finiuntur certo tempore, ſeu temporalibus & in tempore conſtituto judicatis: non verò locum habet in tempore conventionali, in quo biduum non accipitur pro uno die, ut contingit in tempore adjecto à contrahentibus pacto commiſſorio; aliter enim leges, aliter contrahentes tempora ſupputant, quam differentiam inter tempus legitimum & conventionale eonſultus expreſſit in *d. l.* 2. *de diverſ. & temp. præſcr.* & docet Cujacius in *d. l.* 98. *de verb. ſign.* ratio verò hujus diſcriminis pendet ex eo; nam quod biduum accipiatur pro uno die, cum biſſextum calendis eſt, ex lege ita ſtatuente reſultat; itaque nihil mirum quod legitimum tempus augeatur die intercalari; at verò cum contrahentes tempus præſcribunt ſolutioni pretii, verbi cauſa triginta dierum, tempus hoc non augetur die intercalari, nec per conſequens dies intercalaris proficere poteſt emptori; nam revera licet biſſextum calendis ſit, duo ſunt dies, nec ulla eſt ratio cur in perniciem venditoris triduum illud pro uno die accipiatur; imò ex ipſa cooventione quæ pro lege ſervatur, conſtat contrahentes triginta tantùm dies præfixiſſe, nec inter eos biduum pro uno die computari voluiſſe.

Tranſacto ergo die ſtatuto, ſi emptor pretium non perſolverit, ipſo jure contractus reſolvitur, nec ad id ulla venditoris interpellatio requiritur *d. l.* 4. §. *Marcellus ult. hoc tit.* nam conditiones negativæ implentur ipſo non facto, ſtatim ac deſiit fieri id quod faciendum erat ad extinguendam conditionem *l. ult. de condit. inſt. l. Muciana* 7. *de condit. & dem.* atqui conditio legis commiſſoriæ eſt negativa, ſi intra certum tempus pretium ſolutum non erit, nec admittit emptorem ad ſolvendum pretium poſt tempus conſtitutum argum. textus in *l. Thais* 41. §. *intra certa tempora* 12. *de fidei-commiſſ. libert. l. ſi intra* 23. *de ſtatu liber.* Ergo cum poſt elapſum tempus non poſſit ampliùs deficere conditio, fatendum ſolo lapſu temporis conditionem exiſtere, & quidem irrevocabiliter, ac proinde commiſſam eſſe legem venditionis, tametſi nulla interpellatio præceſſerit, cum ea etiam non præeedente, non minùs verum ſit pretium intra diem conſtitutum nec ſolutum eſſe, nec ſolvi ampliùs poſſe, quomodo ad aliam rem arguit Scævola in *l. gallus* 29. §. *videndum* 14. *de liberis & poſth.* Deinde ſatis notum eſt diem ipſum interpellare pro homine, maximè in pœnalibus *l. magnam* 12. *C. de contrah. & commit. ſtipul. l. ad diem* 77. *de verb. obl. cum aliis.* Ergo cum lex commiſſoria pœnalis ſit, & efficiat ut in pœnam non ſoluti ſua die pretii venditio reſolvatur, dies ipſe ſatis pro venditore interpellat, nec ulla exigitur venditoris interpellatio. Quin imò tantùm abeſt ut interpellatio aliqua hoc caſu neceſſaria ſit, ut nec fieri ulla poſſit; nam ante diem ſolutioni pretii præſtitutum præmatura interpellatio eſt, quandoquidem dies nondum venit, quamvis ceſſerit *l. cedere diem* 213. *de verb. ſign. d. l.* 42. *de verb. obl.* §. *ſi quis agens* 33. *verſ. tempore inſt. de act.* mora verò committi non poteſt, ubi nulla petitio & interpellatio eſt, *l. ſi pupillus* 123. *de verb. obl. l. nulla* 88. *de reg. jur.* poſt diem verò legi commiſſoriæ præſtitutum, ſi venditor pretium petat, legi commiſſoriæ renuntiare intelligitur *d. l.* 4. §. *eleganter* 2. *l. de lege* 6. §. *ult. l. poſt diem* 7. *hoc tit.* itaque interpellatio ſemper in hoc caſu venditori noceret ante diem, quia cauſa caderet *d.* §. 33. *inſt. de act. poſt diem*, nam purgaret moram emptoris, & contractum pro non reſoluto haberet; tantùm diſtat, ut emptori noceat ad eum in mora conſtituendum: ergo optime aſſertum eſt elapſo ſtatuto die abſque ulla interpellatione ipſo jure reſolvi contractum, docet Ant. Fab. in *d. l.* 4. §. *ult. hoc tit.*

Ex quibus venit intelligendus in *l. ult. in princip. de reſc. vend.* ubi Sejus à Lucio Titio emit fundum lege dicta, ut ſi ad diem pecuniam non 5

ſolviſſet,

ſolviſſet, res inempta fieret. Sejus parte pretii præſenti die ſoluta, defuncto venditore filiis ejus pupillaris ætatis tutor cum aliis datus eſt, nec contutoribus pretium ſecundum legem numeravit, nec rationibus tutelæ retulit; quærit Scævola an reſolvatur venditio, & ſecundùm ea quæ proponerentur reſolvi reſpondet, cujus deciſionis ratio ea eſt, quod ſcilicet excuſare emptorem eumdemque debitorem non poteſt, quod à conductoribus conventus non fuerit, cum ad evitandam poteſtatem legis commiſſoriæ non debuerit expectare interpellationem, ſed ultrò pretium offerre contutoribus, quibus accipiendæ ſolutionis jus erat *d. l. 4. §. ult. hoc tit.* nec illud etiam excuſare poteſt emptorem, quod ceſſantibus contutoribus non potuerit contra ſeipſum agere *l. nec cum filio 16. de furtis*; nam præterquàm quod contra ſe tanquam tutor agere non debuit, qui tanquam emptor offerre contutoribus debuit, conſtat etiam quod tametſi contutores nulli fuiſſent, ipſe tamen & à ſeipſo exigere tanquam à debitore, & ſibi ipſi tanquam tutori ſolvere debuiſſet; tenetur enim præſtare in ſua perſona id omne quod adversùs alium quemlibet præſtare teneretur *l. tutor 69. de fidejuſſ.* imò & plus; nam adversùs alios experiti ſine actione non poteſt *l. ſi pupilli 6. §. ult. de neg. geſtis*, adversùs ſe poteſt *l. quoties 9. §. & generaliter 3. de admin. tutor.* Itaque rectè reſpondet Scævola ſecundùm ea quæ proponerentur irritam fieri emptionem propter poteſtatem legis commiſſoriæ, docet eleganter Ant. Faber *in rationali d. l. ult. de reſcind. vend.*

6 Si ergo emptor vult ſe legis commiſſoriæ poteſtate liberare, intra conventum tempus pretium offerre & ſolvere debet nulla expectata venditoris interpellatione; ſi venditor ſolutionem accipere velit, *d. l. 4. §. ult. hoc tit.* cæterum ſi venditor ſolutionem ab emptore oblatam accipere recuſet, non ineleganter dubitatur *an ſola oblatio emptoris ſufficiat, ut lex commiſſoria vires ſuas non exerat, an verò neceſſaria ſit obſignatio?* ad cujus quæſtionis reſolutionem ſciendum eſt, in quo ab oblatione differat obſignatio, & quæ ſit utriuſque poteſtas? Et quidem tunc fit oblatio, cum debitor totam rem debitam repræſentans ſolvere ſeparatim oſtendit loco, & tempore opportuno teſtibus adhibitis, ut ex eorum aſſertione & depoſitione conſtet integram ſummam offerri, creditor verò oblatam pecuniam ſine cauſa accipere recuſat, cujus oblationis vi, quandiu res oblata extat, debitor nullo modo liberatur *l. illud 17. de peric. & commod. rei vend.* excepta cauſa libertatis *l. ult. C. de condit. incert.* & percit. publicarum *l. 1. C. de ſuſceptor. prepoſ. & arcariis lib. 10.* Si verò pecunia oblata perierit ſine dolo aut culpa debitoris, licet oblatione non facta non liberaretur *l. incendium 11. C. ſi certum pet.* liberatur debitor in contractibus ſtricti juris per exceptionem doli, in contractibus verò bonæ fidei ipſo jure *l. qui decem 72. in princip. de ſolutionibus.* Itaque liberationis cauſa, non tam eſt interitus, qui quantitatis nullus eſt, quàm ſecuto interitu oblatio, & mora creditoris, quam ei nocere æquum eſt *l. in condemnatione 173. §. unicuique 2. de reg. jur.* Hæc obtinent in pecunia ex obligatione debita; ſi verò præſtanda ſit quantitas ex conditione, ſi oblata ejus implendæ cauſa non accipiatur, conditio pro impleta habetur *l. Celſus 23. in princip. de recept. arbit. l. aliena 20. §. ult. de pign. act. l. ſi per te non ſtat 9. C. de uſuris d. l. ult. C. de condit. incert. cum aliis*; non tanquam pecunia ſoluta, quia non debebatur, & quia oblatio, tametſi juſta, non ſubit vicem ſolutionis, ſed quia toties pro impleta conditio habetur, quoties ſtat per adverſarium ne impleatur *l. jure civili 24. de condit. & dem. l. in jure 161. de reg. jur.* docet Donell. *lib. 16. comment. cap. 13. per tot.* & ibi Oſſuald. *per omnes litteras.* Ant. Fab. *de err. dec. 22. err. 5.*

Cum itaque non aliam vim habeat ſola obla- 7
tio pecuniæ, ſi velit debitor ſtatim omni moleſtia cuſtodiæ & metu difficilioris futuræ ſolutionis liberari, remedium ei conſtitutum eſt, quo adhibito plenam liberationem conſequitur invito creditore; nam ſi oblatam pecuniam ſolemniter obſignet, liberatur. ea obſignatione, quæ vicem gerit ſolutionis. *l. obſignatione 9. C. de ſolut.* Solemnia verò obſignationis hæc ſunt; ut præcedat oblatio *l. debitor 7. de uſuris*, & ſequatur totius pecuniæ debitæ obſignatio, id eſt in ſacculum, peram, aut ciſtam immiſſio, & his clauſis ſignorum impoſitio, ita ut aperiri non poſſint niſi amotis ſignis *l. 1. §. ſi pecunia 36. depoſiti.* Deinde exigitur depoſitio, ſcilicet, ut debitor obſignatam pecuniam deponat tuto loco *l. 28. §. ult. de admin. tut.* id eſt, publico, ædibus nempe ſacris, in quibus more Romano pecuniæ publicæ & privatæ cuſtodiri ſolebant, quarum cura Ædilibus mandata erat, aut alio loco à Magiſtratu conſtituto *l. acceptam 19. C. de uſuris.* Itaque obſignatio prope ad ſolutionem accedit, dum pecunia non manet apud debitorem, ut ſola oblatione facta, ſed creditor eam, quando vult, conſequi poteſt, & per conſequens re adhuc obſignata extante debitor ipſo jure ab oblatione liberatur *d. l. 9. C. de ſolut. d. l. 19. C. de uſuris.* docet Donell. *d. lib. 16. comment. cap. 14.* & ibi Oſſuald. *per omnes litteras.* Ex quibus apparet pecuniæ oblationem non modo ſufficere ad implendam conditionem, ſi forſan pecunia ſit ex conditione præſtanda, ſed & parere liberationem pecuniæ ex obligatione debitæ inſtar ſolutionis, & in eo ab oblatione differre, quia dum res oblata extat, nunquam debitorem liberat, licet ad implendam conditionem ſufficiat, cum pecunia eſt ex conditione præſtanda, ut dixi *num. anteced.*

Ex his principiis dicendum eſt cum Donello 8
lib. 16. comment. cap. 19. ſolam oblationem emptoris ſufficere ad impediendam poteſtatem legis commiſſoriæ, nec neceſſariam eſſe obſignationem, cum venditor pretium ab emptore oblatum accipere recuſat: cujus rei ratio ea eſt, conditio reſolutiva emptionis, *ſi pretium intra certum diem ſolutum non fuerit, res inempta eſto*, includit contrariam conditionem, ut ſcilicet ſi pretium intra diem ſtatutum ſolutum fuerit, res inempta maneat; ſed hæc conditio exiſtit pecunia oblata, ex qua pro impleta habetur conditio, poſtquam per venditorem ſteterit, quominùs ſolutionem accipiat ex regula textus in *d. l. 24. de condit. & dem.* Ergo cum per ſolam oblationem pretii deficiat conditio reſolutiva emptionis, & per conſequens exiſtat contraria conditio reſolutionem impediens, fruſtra ad impediendam poteſtatem legis commiſſoriæ exigitur obſignatio. Rurſus licet ſolutio pretii ſit in obligatione, quoad

Digitized by Google

perimendam venditi obligationem, eſt tamen in conditione, ut contractus perfectus maneat, aut reſolvatur; ſed oblatio licet non pariat liberationem pecuniæ debitæ ex obligarione, parit tamen implementum conditionis, quoties pecunt eſt ex conditione præſtanda, ut dixi *num.* 6 Ergo licet oblatio pretii facta ab emptore non petimat venditi obligationem, tamen inducet defectum conditionis reſolutivum, & implementum contrariæ conditionis reſolutionem impedientis. Ulteriùs aſſumptum probatur ex *d. l.* 24. *de condit. & dem. cum ſimil.* in quibus ſi fundus fuerit alicui legatus ſub conditione dandi decem hæredi, ſi is ohlatam pecuniam accipere recuſaverit, conditio pro impleta habetur; tum ſic: quemadmodum verbum *ſolvere* exigit dominium in accipientem transferri *l. ſi quis alienam* 46. *de ſolut.* ſic & verbum *dare §. ſic itaque diſcretis* 14. *inſt. de act.* Sed conditio dandi pecuniam in *d. l.* 24. impletur per ſolam oblationem; ergo pariter conditio ſolvendi pretii quæ impedit poteſtatem legis commiſſoriæ, & ſic contractus reſolutionem, per ſolam oblationem impletur. Idem probatur ex *d. l. Celſus* 23. *§. fin. l. arbiter* 40. *de recept. arb.* ubi pœna quam ex compromiſſo litigatores ſpondent, ſi arbitri ſententiæ non paruerint, per ſolam oblationem evitatur. Deinde conducit textus in *d. l.* 9. *C. de uſur.* ubi is qui ſortem & minores uſuras debebat, promiſit majores ſub conditione, ſi minores non ſolviſſet intra certum tempus, mox obtulit minores uſuras quas creditor accipere recuſavit; quærit Imperator an oblatio hæc efficiat, ut non committatur majorum uſurarum ſtipulatio? & reſpondet debitorem à minorum uſurarum præſtatione, ſola oblatione non liberari, niſi ea ſecuta fuerit obligatio, quia ſcilicet minores uſuræ ex obligatione debebantur; verùm eam eſſe obligationis vim, ut efficiat ne majorum uſurarum ſtipulatio committatur, quia cum promiſſæ fuerint ſub conditione, ſi minores non ſolviſſet debitor, ſola oblatio inducit defectum conditionis. Deinceps doctrina hæc probatur ex *l. qui Romæ* 122. *§. Seja* 5. *de verb. obl.* cujus hæc eſt vera ſpecies. Hæres unius tutoris tranſactione ſolo pacto facta cum hærede pupillæ majorem partem ſolvit, & reliquam promiſit, & uſuras ſub conditione ſi intra certum diem ſors ſoluta non eſſet, hæres pupillæ tranſactionem negavit ſervare, & tutelæ egit, & victus provocavit, & tam à Principe, quàm à judice irrita provocatio pronunciata eſt propter exceptionem tranſactionis oppoſitam *l. ſive apud* 38. *C. de tranſact.* Hæres tutoris obtulit pecuniam, quam creditor accipere recuſavit, quæritur an uſuræ debeantur? & reſpondet Scævola non deberi; & rectè, quia licet ſors ſit in ohligatione per ſe, eſt tamen in condirione reſpectu uſurarum; obligatio verò inducit defectum conditionis, ſub qua fuerunt uſuræ promiſſæ: ſic hunc textum acutè explicat Schiphordeg. *lib.* 2. *ad Ant. Fabr. tr.* 27. *per totum*, & præcipuè *quæſt.* 2. rejectis interpretationibus quas tradunt Cujacius in *d. l.* 122. *§.* 5. Donell. & Duar. *ibidem* & alii. Idem ergo in terminis pacti commiſſorii dicendum eſt. Rursùs expendo textum in *l.* 2. *C. de pactis inter empt. & vend.* ubi ſi adjectum fuerit pactum de retrovendendo ſub conditione, ſi intra certum tempus pretium reſtituerit venditor emptori, conditio habetur pro impleta per ſolam oblationem; ita ut adhuc poſt elapſum tempus præfixum venditor poſſit experiri adversùs emprorem, ut retrovendat, explicat Ant. Faber *de err. dec.* 22. *err.* 6. Ergo & conditio impediens legis commiſſoriæ poteſtatem per ſolam oblationem impletur: tandem idem probat textus in *d. l.* 4. *§. ult. hoc tit.* ubi ait conſultus emptorem, ſi velit ſe legis commiſſoriæ poteſtate ſolvere, debere pretium venditori offerre, nec meminit obſignationis. Ergo ſola oblatio ſufficit, nec requiritur obſignatio.

9 Contrariam ſententiam tenet Ant. Fab. *d. dec.* 22. *err.* 5. *in fin.* ubi exiſtimat oblationem non ſufficere ad impediendam poteſtatem legis commiſſoriæ, ſed neceſſariam eſſe obſignationem; pro qua ſententia adducit Scævolam in *l. ult. hoc tit.* ubi mulier fundos Cajo Sejo vendidit, & acceptis arrhæ nomine certis pecuniis, ſtatuta ſunt tempora ſolutionis reliquæ pecuniæ, quibus ſi non paruiſſet, emptor pactus eſt ut arrham perderet, & inempti fundi eſſent die, ſtatuto emptor teſtatus eſt pecuniam omnem reliquam paratum fuiſſe ſolvere, & ſacculum cum pecunia obſignaſſe: defuiſſe autem venditorem, & poſteriore die denunciationem ei factam fuiſſe nomine fiſci, ne ante mulieri pecuniam ſolveret, quàm fiſco ſatisfaceret. Quæritur an reſolvatur contractus? & reſpondetur non commiſiſſe in legem venditionis emptorem ſecundùm ea quæ proponerentur. Ergo præcisè obſignationem deſiderari ad impediendam poteſtatem legis commiſſoriæ, nec ſufficere oblationem ſentit conſultus. Poterat & Ant. Faber ſuam opinionem confirmare aliis authoritatibus. Ut ex textu in *d. l. acceptam* 19. *de uſuris*, ubi in trajectitiis ſeu nauticis pecuniis ad pœnam evitandam uſurarum requiritur obſignatio, nec ſufficit oblatio. Atqui eodem jure ſunt, & pari paſſu ambulant tria genera pœnarum, trajectitiæ ſcilicet pecuniæ, compromiſſi, & legis commiſſoriæ *l. trajectitiæ* 23. *de oblig. & act.* Ergo & ad evitandam poteſtatem legis commiſſoriæ etiam requiritur obſignatio, & etiam ex textu in *l. ſi a te* 7. *C. de pactis inter empt. & vend.* ubi ſi ita fuerit pactum adhibitum, ut ſi intra certum tempus ſoluta fuerit data quantitas, res ſit inempta, ſi emptor ſe abſtrahat obligationis, depoſitioniſque remedio, uti venditor debet ad impediendam pacti poteſtatem, cum tamen quantitas non ex obligatione, ſed ex conditione eſſet præſtanda: ergo ut emptor evitet legem commiſſoriam, pretium debet obſignare, licet non ex obligatione, ſed ex conditione ſit præſtanda; ampliùs ex textu in *l. nec creditores* 10. *C. de pign. act. l. ult. ff. eod. d. l.* 19. *C. de uſuris. l. ſi priuſquam* 8. *C. de diſtract. pign. l.* 2. *C. debitorem vend. pign. imped. non poſſe l. ult. C. debuit pign.* in quibus ad hoc ut extinguatur pignus, non ſufficit debitæ quantitatis oblatio, ſed exigitur obſignatio, cum tamen licet quantitas ſit in obligatione principali, eſt tamen in condirione reſpectu pignoris quod extinguitur ſub conditione, ſi quantitas pro qua obligatum eſt, ſoluta fuerit creditori *l. ſi rem* 9. *§. omnis* 3. *de pign. act.* Ergo pariter oblatio non ſufficit ad implendam conditionem impedientem reſolutionem contractus. Expendi etiam poteſt textus in *l.* 2. *C. de jure emphyteutico*, ubi aſſeritur emphyteuticarium, qui per triennium canonem vel penſionem emphyteutæ non ſolveret, emphyteuſim amittere, nec canonis oblationem ſufficere, ſed obſignationem deſiderari, ut pœna caducitatis evitetur: ergo

Digitized by Google

pariter ad evitandam pœnam legis commiſſoriæ non ſufficit oblatio pretii facta ab emptore, ſed exigitur obſignatio.

10 Verùm hæc tanti non ſunt, ut à noſtra ſententia quam jam fundavimus, recedamus. Non ergo obſtat textus in *l. ult. hoc tit.* nam reſpondeo ex ſententia Ant. Fabri ſibi contrarii in hujus textus *rationali*, obligationem vim ſolutionis non habuiſſe, quod non inſertur ex eo quod obſignatio tunc habet vicem ſolutionis, cum facta eſt poſt recuſatam ſine cauſa ſolutionem à creditore *d. l. 19. C. de uſur.* & in ſpecie propoſita non fuit ſolutio venditrici oblata, quæ aderat, nam etiam abſente creditore poteſt obſignatio fieri *l. ſi creditrici 6. C. de uſuris.* Sed ex eo potiùs quod poſt hujuſmodi obſignationem reſpondit conſultus non inutiliter denunciationem emptori fieri tanquam adhuc debitori, ne muliari pecuniam ſolveret, priuſquàm fiſco ſatisfaceret; quæ tamen denunciatio ſera eſſet & inutilis, ſi emptor jam eſſet liberatus, ſicuti nec contra eum cedi hoc caſu actio ulla poſſet *l. modeſtinus 76. de ſolut. l. 1. C. de contrario judicio tutelæ.* Ergo obſignatio in ſpecie textus in *d. l. ult.* vim ſolutionis non habuit, ſed tunc meritò quæres cur obſignatio non habuit vicem ſolutionis? Reſpondeo quod adhuc ut obſignatio habeat vim ſolutionis abſente creditore, neceſſarium eſt magiſtratum interpellare *l. 6. C. de uſuris*; atqui emptor non interpellavit magiſtratum, abſente venditrice: non ergo potuit obſignatio vim ſolutionis habere. Itaque licet obſignatio, utpote minùs ſolemnis, vim ſolutionis non habuerit, emptor non commiſit in legem venditionis, quia per venditricem abſentem ſtetit, quominus ei pretium intra diem præfixum ſolveretur, quod ſufficit ad evitandam legis commiſſoriæ poteſtatem *d. l. 4. §. ult. hoc tit.* ut inferiùs dicemus. Nec etiam obeſt textus in *d. l. 19. C. de uſuris*, nam licet ibi aſſeratur pœnam trajectitiæ, ſeu nauticæ pecuniæ evitari obſignatione pecuniæ, non tamen negatur evitari etiam per ſolam oblationem, cum pœna compromiſſi ſola oblatione evitetur *d. l. 23. §. fin. de recept. arbitr.* quæ eodem jure habetur cum pœna nauticæ pecuniæ & legis commiſſoriæ *d. l. 23. de obl. & act.* eamque eſſe ſententiam Imperatoris ex eo probo; nam etiam aſſerit debitorem poſt obſignationem pecuniæ periculo liberari, cum hic ſit præcipuus oblationis effectus *d. l. 72. de ſolut.* ut dixi *num. 6.* Ergo pariter licet doceat trajectitiæ pecuniæ pœnam per obſignationem evitari, non tamen ex eo infertur ſolam oblationem ad id non ſufficere. Eadem doctrina intelligendus eſt textus in *d. l. 7. C. de pactis inter empt. & vend.* ubi (quidquid dicat Ant. Faber *de err. dec. 25. err. 2. num.* 10.) ex abundanti fit ab Imperatoribus mentio depoſitionis & obſignationis; itaque licet aſſerant obſignationem pacti poteſtatem impedire, non tamen ex eo negant ſolam oblationem ſufficere ad evitandam pacti in ejus textus ſerie concepti vim & poteſtatem.

11 Nec etiam obſtat argumentum deductum ex *d. l. 10. & ex l. ult. C. de pign. act. cum ſimil.* cui ut reſpondeam, fateor equidem cum Oſſuald. *lib. 16. comment.* Donell. *cap. 13. litt. K.* obſignationem & depoſitionem requiri, nec ſolam oblationem ſufficere ut extinguatur pignus, aut ad inducendam actionem pignoratitiam, aut etiam ad adimendam creditori pignoris diſtrahendi facultatem, ut expreſsè probant textus in argumento expenſi, niſi ſcilicet oblatio in judicio facta fuerit; quippe ſi debitor ante ſolutionem egerit pignoratitia actione, & in judicio pecuniam offerat creditori, rem pignoratam conſequitur, ut diſertè ſcriptum eſt in *l. 9. §. ult. de pign. act.* Abſurdum enim eſſet rei pignoratæ reſtitutionem creditorem in judicio recuſare, qui ſine juſta cauſa pecuniam in judicio oblatam accipere recuſat, quod & probat textus ſic intelligendus in *d. l. aliena 20. §. ult. de pign. act.* Certum eſt etiam pignus extingui ſub illa conditione, ſcilicet ſi pecunia ſoluta fuerit creditori; verùm hæc conditio non adjicitur ex conventione contrahentium, ſed potiùs ineſt contractui pignoratitio ex ipſa lege & natura rei, quemadmodum & conditio ſolvendi canonis (ut ſimul diſſolvamus argumentum deductum ex *d. l. 2. C. de jure emphyteutico*) ineſt emphyteuſi non ex contrahentium conventione, ſed potiùs ex Zenonis Imperatoris conſtitutione quæ huic contractui formam præſcribit; maximum verò diſcrimen vertitur inter conditionem ſolvendæ pecuniæ adjectam ex voluntate, & conventione contrahentium quæ per ſolam oblationem impletur, ut conſtat ex juribus expenſis *num.* 8. quia hoc actum creditur inter contrahentes, ut conditio pro impleta habeatur, eo ipſo quod creditor oblatam pecuniam accipere recuſet, & inter conditionem ſolutionis quæ ex ipſa lege ineſt, contrahitur; hæc enim non impletur per ſolam oblationem, tum quia requiſitum quoddam eſt potiùs quàm conditio, tum etiam quia cum ineſt ex lege, ſolutionis verbo ſolam obſignationem intelligimus, non oblationem, quæ ſolùm habetur pro ſolutione quoad implementum conditionis ex voluntate contrahentium, quæ non attenditur in his quæ ex ipſis legibus contractibus inſunt. Unde ſtat rectè ſolam oblationem non ſufficere ad extinguendum pignus & pœnam caducitatis evitandam: ſufficere verò ad evitandam legis commiſſoriæ poteſtatem.

Cum ergo ſola pretii oblatio impediat contractus reſolutionem, poſt elapſum diem poteſt 12
pretium petere venditor, cujus præſtatione emptor liberatus non fuit; & ſi interpellatus emptor pretium non ſolverit, licebit venditori legem commiſſoriam exercere, tum quia non videtur oblata pecunia, quæ non durat oblata argumento textus in *l. ſi pro patre 10. §. verſum 6. de in rem verſo.* tum etiam quia mora hæc emptoris, utpote poſterior, ei nocet, & moram venditoris emendat ex regula textus in *l. 17. de peric. & commod. rei vend.* Sed huic doctrinæ oppones textum in *d. l. ult. hoc tit.* ubi poſt elapſum diem pecunia non duravit oblata, ſi quidem emptor cautus fuit eam fiſco perſolvere, & tamen venditrix non potuit legem commiſſoriam exercere. Verùm, ut acutè prævidit Ant. Fab. *in rationali*, pecunia in præſenti periit quodam modo ſine culpa emptoris poſt oblationem, cumque oblationis effectus ſit ut debitor pecuniæ periculo liberetur, ideo non committit emptor in legem venditionis, licet non fuerit à venditore liberatus, quia non poteſt dici verè periiſſe pecunia, quæ debitorem à fiſco liberavit. Ex quibus infertur quod ſola oblatio evitat pœnam legis commiſſoriæ, non tamen liberat emptorem à pretii ſolutione, niſi pecunia oblata ſine

Digitized by Google

culpa emptoris perierit; obſignatio verò non ſolùm contractus reſolutionem impedit, ſed & venditi obligationem perimit; ſi verò emptor non habeat cui pretium offerat, forſanque venditor abfuerit, aut ſine hærede deceſſerit, vel ejus hæreditas nondum adita ſit, ſecurus eſt, & extra metum legis commiſſoriæ *d. l. 4. §. ult. hoc tit. d. l. 28. de oblig. & act.* dum tamen teſtatus ſit ſe ſolvere paratum eſſe *d. l. ult. hoc tit.* alioqui enim non poterit apparere an offerre potuerit, aut voluerit. Conducit ad hujus rei comprobationem textus in *l. pecuniæ 9. §. 1. de uſuris*, in quibus legitimarum uſurarum ſtipulatio in eum caſum adjecta, quo minores uſuræ ad diem non ſolverentur, non committitur, ſi dies advenerit jacente hæreditate ſtipulantis, quia cum nullus ſit cui ſolutio fieri poſſit, nec per debitorem ſtet quominus ſolvat, ejus temporis ceſſationem inculpatam eſſe oportet. Aliud ſanè dicendum erat, ſi emptor ſine hærede deceſſiſſet, aut ejus hæreditate jacente dies elapſus eſſet, tunc enim contractus reſolveretur argumento textus in *l. ad diem 77. de verb. obl. l. ult. de naut. fœnore.* Ubi ſi quis promiſerit pecuniam, aliamve rem certo die ſolvere, etſi ea die ſoluta non fuiſſet, pœnam ſpoponderit, etiamſi dies ſtipulationi adjectus poſt mortem promiſſoris jacente illius hæreditate veniat, nihilominus pœna committitur, & rectè; quia pœna promiſſa fuit ſub conditione, ſi pecunia ſua die ſoluta non eſſet; atqui ſolutam non eſſe verum eſt, quocunque modo factum ſit ſine ſtipulatoris culpa, quominus ea ſolveretur; proinde quicumque erit is caſus, pœna ex conditione committetur, cum in pœna ſolùm inſpiciatur quæ ſit quantitas, quæque conditio ſtipulationis *l. ſtipulatio ita 38. §. alteri de verb. obl.* docet & proſequitur Donell. in *d. l. 77. de verb. obl.* Idem ergo de pœna legis commiſſoriæ dicendum eſt.

13 Verùm opponi poteſt difficilis Pauli deciſio in *l. evictis 18. §. 1. de uſur.* ubi emptor qui acceptare conventum pretium ad certam diem ſolvere debuit, ſi adveniente die pecuniam obtulerit venditori, venditor autem ſine juſta cauſa ſolutionem accipere recuſaverit, ad uſuras pretii condemnatur, niſi pecuniam obſignaverit, licet venditor incerto hærede & ſucceſſore deceſſerit. Ergo licet venditor incerto hærede deceſſerit, aut ejus hæreditas nondum adita ſit, emptor tamen non poterit legis commiſſoriæ poteſtatem evitare, niſi pretium obſignaverit. Reſpondeo tamen quod licet ad inhibendas eas uſuras quæ ex mora debentur, non requiritur obſignatio, tamen ſingulari quodam jure receptum eſt non aliàs emptorem, cui res tradita eſt, poſſe curſum uſurarum impedire, quàm ſi pretium obſignaverit; quia tamen ſi ex cauſa emptionis accepta re vendita non debeantur uſuræ ex conventione, tamen nec ex mora debentur, ſed mera judicii æquitate invicem & compenſationem fructuum ab emptore ex re vendita & tradita perceptorum, ne alioquin eveniat ut eodem tempore & rem & pretium emptor habeat, venditor vero & re & pretio ſimul careat, quod utrumque perinde abſurdum eſt *l. Julianus 13. §. veniunt 20. de act. empt. l. curabit 5. C. eod.* Conſtat verò ſolam obſignationem, non verò oblationem efficere ut pretio non fruatur emptor. Unde meritò uſuras debet, uſquedum pretium obſignet, etſi venditori incertus ſit hæres & ſucceſſor, docet Cujacius *lib. 3. reſp. Pauli in d. l. 18. §. 1. de uſuris.* Ant. Faber *de err. d. dec. 22. err. 5.* Schiphordeg. *ad eumd. lib. 2. tr. 26. quæſt. 3.* non idem dicemus cum agitur de evitanda vi pacti commiſſorii; nam cum pretium ſit in conditione, ſola ſufficit oblatio præſente venditore, aut eo abſente proteſtatio; nunquam verò requiritur obſignatio, quidquid dicat Ant. Faber *dec. 25. err. 2. num. 10.* motus ex *d. l. 7. C. de pactis inter empt. & vend.* hic enim textus eo modo accipiendus etiam eſt quo eum explicui *num. 10.*

14 Intra conventum itaque tempus emptor pretium ſolvere aut ſaltem offerre venditori debet, ut evitet legis commiſſoriæ poteſtatem: poſt elapſum enim præfixum diem reſolvitur contractus, nec reſolutio impeditur, ex eo quod emptor poſteà venditori pretium offerat, ut in terminis ſtipulationis pœnalis trajectitiæ pecuniæ nomine reſpondit Afric. in *d. l. 23. de obl. & act.* cui obſtat textus in *l. ſi poſt tres 8. ſi quis caut.* ubi is qui ſe ſiſti judicio certo die promiſit, etiamſi poſt diem ſecum agendi poteſtatem faciat, dummodo actoris jus ex mora deterius factum non ſit, defenditur per exceptionem. Sed tamen ut optimè advertit Cujacius *tr. 7. ad Afric. in d. l. 13. de obl. & act.* non ſit ſubjecta ſtipulatio pœnalis in ſerie textus in *d. l. 8.* ſed quanti ea res eſt, quæ quidem ſtipulatio judicio ſiſti utpote prætoria interpretationem recipit ex mente Prætoris *l. in conventionalibus 52. de verb. obl.* Prætor verò cum hanc ſtipulationem interponi jubet, non id agit ut promiſſorem damno afficiat, ſed ut ſtipulatorem indemnem ſervet; damnum autem vel nullum, vel certè non magnum eſt in mora modici temporis: quapropter cum ex mora promiſſoris jus actoris deterius factum non ſit, ex æquitate promiſſor poſt paucos dies ſecundum agendi poteſtatem faciens defenditur per exceptionem; aliud verò procedit in ſtipulationibus conventionalibus ex *d. l. 23.* docet Ant. Faber *in rationali d. l. 8. ſi quis cautionib.* Hæc omnia procedunt cum in reſolutiva conditione dies adjectus eſt: quod ſi lex commiſſoria dicta fuerit non adjecto die, veluti *ſi pretium non ſolutum fuerit, res inempta eſto*; nam ante vires exerit quam venditor exegerit, & litem conteſtatus fuerit cum emptore, non quidem rei venditæ recipiendæ cauſa, ut falſo exiſtimarunt Cujacius *7. ad Afric. in d. l. 23.* Oſuald. *d. lib. 16. comment.* Donelli *cap. 19. litt. C.* quippe ad rem venditam recipiendam non poteſt venditor experiri niſi reſoluto contractu, ut conſtat ex *l. 4. hoc tit.* Contractus verò reſolvi non poteſt, priuſquam verum ſit pretium ſolutum non eſſe, ſed potiùs pretii petendi gratia; poteſt enim tunc venditor pretium petere, cum ſit in obligatione; quod ſi emptor interpellatus non ſolverit, reſolvitur contractus argumento textus in *l. ita ſtipulatus 115. §. 2. de verb. obl.* ubi ſi ita fuerit concepta ſtipulatio, *Pamphilum dabis; ſi Pamphilum non dederis, centum dabis.* Committitur ſtipulatio pœnalis, ſimul ac promiſſor interpellatus Pamphilum non dederit, quia, ut ait Donellus in *d. l. 115. num. 26.* in prima Pamphili ſtipulatione hoc actum eſt, ut Pamphilus confeſtim detur, ſcilicet intra id tempus quod judicatis indulgetur *l. ſi debitori 21. de judiciis. l. ſi domus 71. §. 2. de leg. 1. l. quod dicimus 105. de ſolut.* & in pœnali

hoc etiam agi intelligitur, ut ſi non dederit Pamphilum promiſſor, confeſtim ac fuerit interpellatus, ut ex præcedenti ſtipulatione cum dare convenit, committatur centum ſtipulatio, ſi pariter cum de re & pretio convenerit inter contrahentes, hoc agitur, ut re tradita à venditore, emptor pretium confeſtim ſolvat: & per conſequens in lege commiſſoria hoc agi intelligitur, ut ſi emptor pretium non ſolverit confeſtim ac fuerit interpellatus, ut ex contractu dare oportet, contractus reſolvitur. Verùm adhuc poſt venditoris interpellationem poterit emptor legem commiſſoriam evitare, ſi pretium offerat, antequam venditor litem moveat, vel cum eo conteſtetur, argumento textus in *l. qui Romæ* 122. §. *Flavius* 2. *de verb. obl. & act. l. ſi inſulam* 84. *eod. l. quid tamen* 21. §. *ult. cum l. ſeq. de recept. arb.* dummodo venditoris jus deterius factum non ſit; poſt litem verò conteſtatam ſera obligatio eſt, docet Cujacius 7. *ad Afric. in d. l.* 23. *de obl. & act.* Conducunt, quæ tradunt Cujacius in *d. l.* 84. Donellus in *l. ſi ſervum* 91. §. 3. *de verb. obl.*

15 Aliquando tamen accidit, ut etſi intra præfixum diem emptor pretium venditori non ſolverit, tamen non reſolvatur contractus propter voluntatem contrahentium, à qua legem contractus accipiunt, ut in eleganti ſerie textus in *l. ult.* §. 1. *de reſcind. vend.* ubi emptor prædiorum cum ſuſpicaretur Numeriam & Semproniam ei controverſiam moturas, pactus eſt cum venditore, ut ex pretio aliqua ſumma apud ſe remaneret, veluti cautionis aut pignoris loco, donec ei fidejuſſorem venditor in caſum evictionis daret. Deinde eam legem venditor inſeruit, ut ſi ex die pecunia omnis ſoluta non eſſet, & venditor ea prædia veniſſe nollet, invendita eſſent. Venditor litigare coactus de adverſariis alteram mulierem ſuperavit, cum altera tranſegit, ita ut ſine ulla quæſtione emptor prædia poſſideret. Cumque nec venditor fidejuſſorem dediſſet, nec emptor ſecundùm legem omnem pecuniam ſuis diebus ſolviſſet, quærebatur an prædia invendita eſſent? & eleganter reſpondet Scævola, quod cum conveniſſet, ut non priùs pecunia ſolveretur, quàm fidejuſſor venditi cauſa daretur, nec per emptorem ſtetiſſet, quominus ei fidejuſſor daretur, non poteſt poſterior legis pars exerceri; quibus verbis decidit legem commiſſoriam vires non exercere, & eam hujus deciſionis rationem aſſignat in contractibus omnibus, maxime vero in emptionibus inſpiciendum quid actum ſit *l.* 6. §. 1. *de contrah. empt.* quod dignoſcitur ex clauſularum omnium & circumſtantiarum quæ negotium contingunt conjunctione; una enim clauſula per aliam interpretanda eſt, & pleraque poſterior per priorem *l. utrum autem* 23. *de hered. petit.* atque in propoſita ſpecie apparet mentem illam contrahentium fuiſſe, ut primùm emptori proſpiceretur, ne ſummam quæ apud ſe maneret ex pretio priùs ſolvere cogeretur, quàm fidejuſſor ei de evictione ac indemnitate tutus eſſet; ergo quod poſteriore conventione placuit, ut ſi ad diem pecunia omnis ſoluta non eſſet, prædia eſſent invendita, non aliam interpretationem accipere poteſt, quàm ut ita demum invendita eſſent, ſi fidejuſſor datus eſſet. Conſequentia patet; nam prius eſt ordine naturæ, intellectus & temporis, ut pecuniæ ſolvendæ dies & neceſſitas venerit, quàm ut non ſoluta pecunia venditio reſolvatur; atqui nunquam potuit emptor cogi ut pecuniam ſolverit priuſquam fidejuſſor datus eſſet, qui porrò datus nunquam fuit. Ergo nec potuit poſterior conventionis pars exerceri quæ ad legem commiſſoriam inducendam pertinebat, niſi proponeremus per emptorem ſtetiſſe, quominus fidejuſſor daretur, quo caſu pro dato habendus eſſet ex regula textus in *l. in omnibus* 39. *l. in jure* 161. *de reg. jur.* Ergo cum proponat Scævola nec fidejuſſorem à venditore datum fuiſſe, nec per empturem ſtetiſſe quominùs id factum eſſet, meritò docet legi commiſſoriæ locum non eſſe. Verùm ſic aliquis replicabit, cauſa dandi fidejuſſoris ob controverſiam quæ à Numeria & Sempronia timebatur, fuit finita poſt victam alteram, & tranſactionem cum altera celebratam. Ergo cum jam venditor non teneretur fidejuſſorem dare, & emptor omnem pecuniam ſua die non ſolviſſet, omninò reſolvi debuit contractus. Reſpondeo tamen cauſam dandi fidejuſſoris finitam non fuiſſe; nec enim fidejuſſoris dandi conventio ad perſonas Numeriæ & Semproniæ reſtricta erat, ſed ſimpliciter convenerat ut fidejuſſor evictionis nomine datetur, qui etiam citra ullam conventionem dari ex juris ratione debet, quoties imminet periculum evictionis *l.* 18. §. 1. *de peric. & commod. rei vend. l. ſi poſt perfectam* 24. *C. de evictionibus*; itaque controverſia quæ timebatur à Numeria & Sempronia ſolum fuit cauſa impulſiva conventionis dandi fidejuſſoris, cauſa verò generalis evictionis fuit finalis; cumque impulſiva ſolùm cauſa ceſſaſſet, adhuc obſtrictus manſit venditor ad daudum fidejuſſorem, nec ante emptor fuit obligatus ad pretii ſolutionem, docet ita Ant. Faber in *rationali ad l. ult.* §. 1. *de re vend.*

Extra hunc caſum vetum eſt reſolvi contractum poteſtate legis commiſſoriæ, ſi emptor intra præfinitum diem pretium non perſolverit, ſive major ſive minor 25. annis; opponitur textus in *l.* 6. §. 1. *de publicanis*; hoc tamen intra majorem & minorem, obſervato diſcrimine, quod major etſi maximè pretium poſt diem offerat, non evitat pacti poteſtatem, minor verò poteſt implorare in integrum reſtitutionis beneficium, ſi probaverit ſua intereſſe rem quam emerat habere pretio convento, ut expreſsè probatur ex difficillimo textu inferiùs exponendo in *l. Æmilius* 38. *verſ. putabam. de minor.* ubi ideò exiſtimabat Paulus pupillam quæ intra diem præfixum in lege commiſſoria pretium non perſolveret, non eſſe in integrum reſtituendam, quod pater ejus, non ipſa contraxerat: ergo ſupponit, quod ſi ipſa contraxiſſet, poſſet abſque dubio in integrum reſtitui, quod & ſuadet generalis regula qua docemur in integrum reſtitutionem concedi minoribus in conſulta ætatis facilitate deceptis, vel lapſis. Deinde hoc ipſum probatur ex *l. ſi in emptionem* 35. *de minor.* ubi minor qui rem emerat ſub pacto addictionis in diem, quique adjectione pretii ab alio facta ſe vinci paſſus fuerat, in integrum reſtituitur, ſi probet ſua intereſſe rem emptam habere. Ergo & poſt diem legis commiſſoriæ elapſum minor poterit in integrum reſtitui, ſi probet ſua intereſſe rem emptam habere. Conducit etiam ab argumento textus in *l.* 3. §. 8. *de minor.* Ubi filius-familias minor hæres inſtitutus ſub conditione, ſi à patre in diebus centum eſſet emancipatus, ſi patrem qui eum emancipaſſet non certioravit cum poſſet, elapſis centum diebus in integrum reſtituitur. Ergo & minor 16

poterit in integrum reſtitui poſt elapſum legis commiſſoriæ diem. Verùm quæri poteſt an poſt novam Juſtin. Conſtitutionem in *l. ult. C. in quibus cauſis in integrum reſtitutio neceſſaria ſit*, qua cautum eſt ex quibus cauſis olim minores reſtituebantur adversùs temporariam præſcriptionem, hodie nihil eis nocere præſcriptionem & adversùs eos non currere, neceſſaria ſit minori in integrum reſtitutio, ſi poſt elapſum diem legis eommiſſoriæ rem emptam velit habere? & quidem dicendum eſt eam eonſtitutionem ſolùm ad legales præſcriptiones pertinere, quas cum ex rigore juris proficiſeantur, & odiosæ ſint, adversùs minores non currere ex æquitate Juſtinianus ſtatuit, non verò ad eonventionales, quæ hodie etiam adversùs minores currunt; itaque hodie etiam eget minor in integrum reſtitutionis beneficio, poſt elapſum diem pacti commiſſorii, docet Duaren. in *d. l. fin. C. in quibus cauſis in integrum reſtitutio neceſſaria non ſit*.

17 Quæri etiam poteſt an major 25. annis qui cum Reip. cauſa abeſt, pretium rei emptæ venditori intra diem pacto eommiſſorio præfinitum non perſolvit, poſſit reverſus impetrare in integrum reſtitutionem ex edicto *ex quibus cauſis majores?* & quidem videbatur poſſe argumento textus in *l. Julianus* 17. *§. ſi quis Titio* 41. *l.* 43. *ex quib. cauſ. major.* ubi ſi Titio abſenti Reipublicæ cauſa legatum fuerit relictum ſub conditiooe, ſi mortis teſtatoris tempore eſſet in Italia, aut in annos ſingulos quoad in Italia eſſet, reverſus legatarius in integrum reſtituitur, ut legatum capiat perinde ac ſi reipublicæ cauſa non abfuiſſet, ſed ſemper in Italia fuiſſet. Ergo pariter major, qui cum Reip. cauſa abeſſet, pretium non perſolvit, poſt diem reverſus poterit in integrum reſtitui. Sed tamen dicendum judieo eum non eſſe in integrum reſtituendum, tum qoia is qui ſub lege commiſſoria emerat, poterat domi procuratorem relinquere ut pretium numeraret, cum abſentiam inſtituit *l. ſed etſi* 26. *§.* 1. *ex quibus cauſis major.* tum etiam, nam etſi procuratorem relinquere non potuerit propter ſubitam & inopinatam abſentiam, tamen potuit adhne abſens pretium ſolvere, ejus ſolutionem alicui committens, vel obſignare, aut ſaltem coram judiee & teſtibus teſtari ſe paratum eſſe pretium ſolvere, deeſſe autem venditorem, argumento textus in *l. ult. hoc tit.* quapropter ſi horum nihil fecerit, ſponte committit in legem venditionis, qoemadmodum & eommitteret etſi reipublicæ cauſa non adfuiſſet, & per conſequens fruſtra petit in integrum reſtitutionem; nam is qui reipublicæ cauſa abeſt, in ea re læſus, in qua etiamſi reipublicæ cauſa non adfuiſſet, damnum erat paſſurus, non reſtituitur *l.* 44. *ex quib. cauſ. maj.* Nec tunc obeſt textus in *d. l.* 17. *§.* 1. *d. l.* 41. *&* 43. *eod.* nam reſpondeo ideo in integrum reſtitui abſentem reipublicæ cauſa adversùs defectum conditionis & temporis lapſum, quia damnum paſſus fuit propter abſentiam; quod ſi abſens non fuiſſet, non pateretur, cum conſtet conditionem illam, ſi mortis teſtatoris tempore eſſet in Italia, ideò ſolùm defeciſſe, quia tunc temporis abſens erat reip. cauſa; itaque ne juſta hæc abſentia ei damnum afferat, meritò in integrum reſtituitur; at conditio reſolutiva emptionis quæ exiſtit abſente reip. cauſa emptore, extitiſſet ſimiliter etſi abſens non fuiſſet, proinde ceſſabit reſtitutio ex regula textus in *d. l.* 44. *ex quibus cauſis majores.*

Vidimus jam quando reſolvatur cootractus per pacti commiſſorii poteſtatem; nunc videamus an ſemel reſoluto contractu teneatur venditor legem commiſſoriam exereere? & dicendum eſt quod reſoluto contractu venditor ſi velit; poteſt legem commiſſoriam exercere, non verò invitus ad id eogitur *l. nam legem* 3. *hoc tit.* quod dupliei ratione probat Pomponius in *l. cum venditor* 2. *hoc tit.* prima hæc eſt totum id quod in lege commiſſoria eontinetur, venditoris cauſa & favore cavetur, ut eolligitur ex fine coooventionis, quæ tota ad utilitatem venditoris in pecunia ei ſolvenda eomparata eſt; ſed certi juris eſt licere unicuique iis quæ pro ſe introducta ſunt renuntiare *l. ſi judex* 41. *de min. l. pen. C. de pactis.* Ergo reſoluto contractu venditor legem commiſſoriam, ſi volet, exercebit, non etiam invitus. Secundam rationem dedueit conſultus ab iniquo & ab abſurdo hoc modo: ſi reſoluto contractu venditor non poſſet pecuniam petere, ſed præcisè teneretur legem commiſſoriam exercere, eveniret ut ſi res vendita intra dies legis commiſſoriæ periiſſet, periculum ad ipſum ſpectaret, non ad emptorem, ut liquet; atqui abſurdum eſt ut contracta emptione periculum rei venditæ & maximè traditæ pertineat ad venditorem, ot conſtat ex integro titulo *de peric. & commodo rei vend. §. cum autem* 3. *inſt. de emptione & vend.* ergo ne in hoc abſurdum incidamus, dicendum eſt reſoluto contractu liberum eſſe venditori legem commiſſoriam exercere, aut pretium petere, docent Donell. *d. lib.* 16. *cap.* 19. Ant. Faber *in rationali d. l.* 2. *hoc tit.* Nec ex hoc inferat aliquis nos aſſerere reſolutionem contractus adbue poſt elapſum diem pacti pendere ex arbitrio & voluntate venditoris, ut falsò exiſtimavit Donellus ubi nuper; nec enim ponimus in venditoris voluntate contractus reſolutionem; quin imo aſſerimus reſolutionem ipſo jure fieri; ſed hoc dicimus eſſe in voluntate venditoris legem commiſſoriam exercere; nam licet reſolutio juris ſit & jure fieri potuerit, tamen commiſſoriam legem exercere facti eſt, voluntatem exigit facientis, nec quiſquam præcisè eogitur uti jure ſuo. Ergo quamvis ſine facto ullo venditoris venditio ipſo jure reſolvatur, non tamen cogitur venditor legem commiſſoriam exercere, nec hoc in jure noſtro novum eſt; nam multa ſunt hujuſmodi quæ ipſo jure fiunt, nec eo minus tamen factum hominis requirunt. Exemplum eſt in compenſatione, quæ licet ipſo jure fiat, tamen non aliter fit, quam ſi opponatur *§. in bona fidei* 30. *§. compenſationis pen. inſt. de act.* ſic pariter dicimus rei legatæ dominium tranſire in legatarium ipſo jure *l. legatum* 80. *de leg.* 2. & tamen non tranſire niſi legatarius ſibi acquiſitum eſſe velit *l. ſi tibi homo* 86. *§.* 2. *de leg.* 1. ita Faber *in rationali d. l.* 3. *hoc tit.* Dicet aliquis quod cum emptionis contractus oltro eitroque obligatorius ſit, abſurdum eſt ut res vendita inempta fiat, ſi venditor voluerit, invito emptore; non poſſit autem inempta fieri, ſi emptor velit, invito venditore, argumento textus in *l. ſi vina emerim* 6. *de peric. & commod. rei vend.* ubi ſi quis vina emerit exceptis acidis & mucidis, etſi ei expediat acida quoque & mueida habere, tamen non poſſe petere, quamvis ea emptoris favore fuiſſent excep-

ta; namque invitus emptor accipere non cogetetur, iniquum eſt non permitti venditori ſibi habere, vel alii vendere. Verùm reſpondeo ideo ibi emptorem acida & mucida habere non poſſe quia excepta fuerunt, & per conſequens non vendita, cum non poſſit videri venditum id de quo nominarim actum eſt in vendendo ut à venditione exciperetur *l. qui fundum* 40. § *fundi* 3. *l. in lege* 77. *de contrah. empt.* Itaque exceptio licet appoſita ſit in favorem emptoris, totam venditionem afficit, & minuit ex utraque parte; pactio vero commiſſoria in favorem ſolius venditoris adjecta, prodeſſe emptori non debet, nec venditori invito nocere, cum non afficiat ex utraque patre venditionem, ſed ex patre ſolius venditoris. Docet ita Ant. Faber *in rationali textus in d. l. 6. de peric. & commod. rei vend.*

19 Statim ergo ac commiſſa lex eſt, ſtatuere venditor debet utrum commiſſoriam velit exercere, an potiùs pretium petere, ut ex Pap. ſcribit Ulpianus in *l. ſi fundum* 4. §. *eleganter* 2. *hoc tit.* ubi tamen verbum illud *ſtatim* cum aliquo temperamento accipi debet, id eſt intra medium tempus arbitrii judicis, argumento textus in *l. promiſſor.* 21. §. 1. *de conſtituta pecunia*, docet Oiſuald. *d. lib.* 16. *comment. cap.* 19. *litt. D.* Sed hactenus ei hæc electio conceditur, ut utrumvis primò elegerit, non poſſit poſteà variare, ſi etum elegerit commiſſoriam, non poterit poſteà ad emptionem ex pœnitentia redire, & è converſo ſi velit uti emptione, non poterit ex poſtfacto commiſſoriam legem exercere *d. l.* 4. §. 2. *hoc tit.* nam tota eligendi facultas prima electione conſumitur, & jus optandi prima optione *l.* 9. §. *eligere* 1. *de tribut. act. l. apud Aufidum* 20. *& paſſim de opt. leg.* & ut ait Seneca *lib.* 4. *controverſ. non licet amplius, quam ſemel optare, omnis nimia potentia ſaluberrime brevitate conſtringitur*: alioqui videntur leges ludibrio eſſe ei qui beneficium juris quo ſemel uſus eſt abjicit, ut aliud eligat quod priùs abjecerat *l. ult.* §. *ult. C. de bonis quæ liberis.* Deinde hoc quod dicimus, ſcilicet eligendi facultatem prima electione conſumi, maximè locum habet cum electioni locus eſt inter contraria & incompatibilia; electo namque remedio uno, neceſſe eſt hoc ipſo repudiari alterum, quod contrarium eſt, & incompatibile *l.* 8. *de collat. bon.* atqui fieri non poteſt ut venditor & legem commiſſoriam exerceat, & pretium petat: qui enim legem commiſſoriam exercet, ſupponit venditionem reſolutam eſſe; qui verò pretium petit, ſupponit venditionem valere & tenere; contradictoria autem iſta ſunt, venditionem tenere & non tenere. Ergo eleganter Pap. reſpondit, ſtatim ac venditionis lex commiſſoria eſt, ſtatuere venditorem apud ſe debere, an commiſſoriam exercere velit, an potiùs pretium petere; nec poſſe ſi commiſſoriam elegerit, poſteà variare; docet ita & explicat Ant. Faber *in rationali d. l.* 4. § 2. *hoc tit.* Ex quibus infertur quod ſi poſt diem lege commiſſoria comprehenſum partem pecuniæ reliquæ venditor acceperit, videtur legi commiſſoriæ renuntiare *l.* 6. §. *poſt diem ult. hoc tit.* idemque erit etſi pretium vel ejus partem venditor petierit, licet non acceperit *l. poſt diem* 7. *hoc tit.* tantùm enim poteſt ſola petitio quantùm acceptio, ut legi commiſſoriæ renuntiaſſe venditor intelligatur, cum id ex ſolius venditoris animo & voluntate pendeat, non ex conſenſu emptoris; idemque etiam eſt, etſi non ipſum pretium venditionis, ſed pretii uſuras tantùm petierit *l. commiſſoria* 4. *C. de pactis inter empt. & vend.* Conducunt ab argumento textus in *l. ſed etſi lege* 15. §. 17. *verſ. certe ſi minori de hered. petit. l. ſi hominum* 7. §. *quoties* 2. *depoſiti. l. ſi præcedente* 58. §. 1. *mand. l. nihil intereſt* 12. §. 1. *de inoffic. teſt.* fieri ergo nullo modo poteſt, ut ad utrumque venditor agat ſive ſimul, ſive ſeparatim, cum allegans contradictoria non ſit exaudiendus ex vulgata regula textus in *l.* 1. *C. de furtis.* Similis quidam caſus proponitur in *l.* 1. *C. ſi ſerv. extero ſe emi mandaverit.* ubi ſi ſervus ab extraneo ſe emi & manumitti mandavit, & poſt emptionem emptor eum non manumittat, liberum eſt Domino agere mandati cum emptore ut ſervum reddat quem non manumittit, vel ex vendito ut ſolvat pretium ſervi, utraque actione experiri non poteſt, quia contrariæ ſunt actiones; mandati ſervum inemptum fieri, actione ex vendito manere emptum vult, & adimpleri ſoluto pretio; contradictorias itaque actiones nec ſimul, nec ſeparatim poſſumus in judicium deducere.

Sed tamen venditorem poſſe legem commiſ- 20
ſoriam exercere & pretium petere, ex ſequentibus videtur probari; contradictoriæ actiones poſſunt in judicium deduci: ergo poterit venditor legem commiſſoriam exercere & pretium petere. Anteced. prob. ex textu in *l. rei communis* 45. *cum l. ſeq. pro ſocio. l. ſi mandavero* 22. §. 7. *mandati l.* 3. *C. depoſiti l.* 29. *ff. eod.* In quibus admittitur concurſus actionis furti & actionis mandati, ſi procurator in exequendo mandato furtum Domino fecerit, & concurſus actionis furti, & actionis depoſiti, vel pro ſocio, & additur unam actionem alteram non conſumere, cum tamen actio furti, & actio mandati, depoſiti, aut pro ſocio contradictoriæ ſunt *d. l.* 1. *C. de furtis.* idem probatur ex *l. ſi ſervus meus* 14. *commodati.* Ubi ſi ſervus rem Domini ſcienti nolle Dominum ſibi commodare, commodaverit, Domino competit commodati actio, & actio furti, & condirio furtiva: faciunt etiam textus in *l.* 1. §. 4. *quod legat. l. naturaliter* 12. §. 1. *de acquir. poſſ. l. contra* 16. *C. de inoffic. teſt.* in quibus videmus actiones contradictorias poſſe ſimul in judicium deduci. Ergo pariter nihil prohibet venditorem reſoluto contractu legem venditionis exercere & pretium petere. Fortiùs aſſumptum probatur ex *Novella* 120. Imperatoris Juſtiniani *cap. ſi vero* 8. in quo ſtatuitur emphyteuticarium qui in ſolvendo canone Eccleſiæ per biennium ceſſaverit, poſſe expelli, & licere Eccleſiæ ſimul biennii canonem exigere, & emphyteuticarium expellere: ergo & licebit venditori reſoluto contractu legem commiſſoriam exercere, & ſimul pretium petere. Verùm adhuc tenendum eſt certiſſimum juris noſtri principium eſſe, actiones contradictorias nec ſimul, nec ſeparatim in judicium poſſe deduci. Nec aliud probant textus in argumento expenſi in *d. l.* 45. *cum ſeq. pro ſocio. d. l.* 22. §. 7. *mand. d. l.* 3. *C. depoſiti.* nam reſpondeo in illis caſibus non pugnare actionem furti cum actione mandati pro ſocio, aut depoſiti; utraque enim improbat factum procuratoris, qui rem Domini celandi animo contrectavit, aut ſocii, qui rem communem celandi animo amovit, aut depoſitarii, qui pecunia depo-

Digitized by Google

ſita ſine deponentis voluntate uſus fuit, & actio mandati pro ſocio, aut depoſiti rem perſequitur, furti verò actio pœnam: itaque cum hæ actiones ad diverſa competant, & aliàs contradictoriæ non ſint, meritò poſſunt in judicium deduci, docet eleganter Cujacius in *recitatione ad textum in d. l. 1. C. de furtis.*

21 Nec etiam obſtat textus in *d. l. 14. commodati* qui ferè in ſpecie cum *d. l. 1. C. de furtis* pugnare videtur, nam omiſſa Accurſii & Ant. Fabri in eo textu ſolutione, dicendum Dominum poſſe & furti commodati agere, nec unam actionem per alteram conſumi, quia ſibi hæ actiones non repugnant. Verùm dices, Dominus agendo commodati ratum videtur habere commodatum, ſicut agendo mandati videtur ratum habere mandatum in *d. l. 1. C. de furtis, & in l. ſi ſervus alienus 66. de fidejuſſ.* ergo ſibi contrarius eſt, quæ probat commodatum agendo commodati, & quæ improbat agendo furti, & per conſequens non eſt audiendus, ſi utroque judicio agere velit. Reſpondeo ſpecies eſſe diverſas & in *d. l. 14.* Dominum agere commodati ex contractu ſervi, ut rem ſuam recipiat, non ut peſſimum factum comprobet, in *d. l. 1.* Dominum agere mandati, non ut pecuniam ſuam recipiat, ſed ut mandatatius mandatum impleat, & fundum mandatu ſervi emptum reſtituat, quo facto ratum habet id omne quod mandatarius cum ſervo geſſit, quod & accidit in *d. l. 66.* Si verò Dominus ſolùm ageret mandati, ut pecuniam ſuam reciperet, non prohiberetur agere furti. Cui doctrinæ opponunt adverſarii textum in *l. ſi is cui 71. de furtis*, ubi ſi commodatarius rei commodatæ furtum commiſerit, ſi furti actum fuerit, ipſo jure commodati actio extinguitur; ſi verò commodati actum fuiſſet, per exceptionem eluditur actio furti: ergo actiones hæ contradictoriæ ſunt, & una electa altera conſumitur. Reſpondendum tamen eſt in *d. l. 71.* actionem furti non ſignificare actionem pœnalem in duplum aut quadruplum, ſed condictionem furtivam, ut & in *l. cum furti 9. de in litem jurando.* nam furti actio eſt genus *l. eum qui 14. §. qualis 16. de furtis*, cujus duæ ſunt ſpecies, furti actio ad pœnam, condictio furtiva ad rem, qua ſi actum fuerit, actio commodati ipſo jure perimitur, quia utraque eſt rei perſecutoria, & commodati actioni, cum ſit bonæ fidei, ineſt doli mali exceptio, ut eam opponi neceſſe non ſit *l. 21. ſolut. matr. cum vulgaris*: ſed ſi priùs actum ſit commodati, condictio furtiva, cum ſit ſtricti juris, non perimitur, niſi oppoſita ſit exceptio doli mali, quæ eadem doctrina traditur in *l. qui ſervum 34. §. 1. de obl. & act.* Ex quo etiam infero conſultum per actionem furti intelligere condictionem furtivam; nam aliàs ſi intelligeret condictionem furti pœnalem, & doceret eam non poſſe cum commodati actione in judicium deduci, quia eſſent contradictoriæ, cum ſemel commodati actum eſſet, non aſſereret doli mali exceptionem neceſſariam eſſe ad ſubmovendam actionem furti; nam ex duabus actionibus contradictoriis quarum una ſit bonæ fidei, altera ſtricti juris, indiſtinctè una electa altera ipſo jure perimitur, quin opus ſit aliquam exceptionem opponere *d. l. 1. C. de furtis*: ergo cum adhuc poſt electam commodati actionem doli exceptionem exigat conſultus ad ſubmovendam furti actionem, per eam non pœnalem actionem, ſed furtivam condictionem intelligit, & aſſerit quod cum utraque ſit rei perſecutoria, una per alteram conſumitur vel ipſo jure, vel ope exceptionis: ita Cujacius in *d. l. 1. C. de furtis & lib. 17. obſerv. cap. 12.*

Deinde non obſtat textus in *d. l. §. 4. quod legatorum d. lib. 16. C. de inoffic. teſt. d. l. 12. §. 1. de acquir. poſſ.* nam reſpondeo duas actiones contradictorias rectè inſtitui ſub alternatione, & adhibita proteſtatione, ut judici videbitur actorem eſſe contentum ex altera tantum conſequi ſententiam, ſi incertum ſit quæ potiùs actio teneat, quod ex æquitatis ratione receptum eſt, ut in *d. l. 1. §. 4.* ſi legatarius ſine voluntate hæredis rem legatam occupaverit, ſi hæres incertus ſit quo titulo poſſideat is qui rem occupavit, pro hærede aut poſſeſſore, an pro legato, poteſt cum eo agere petitione hæreditatis & interdicto *quod legatorum*, cum tamen hæc judicia ſint contradictoria; nam qui agit interdicto *quod legatorum*, fatetur adverſarium juſto titulo poſſidere, ſcilicet pro legato; qui verò agit petitione hæreditatis, negat adverſarium juſto titulo poſſidere, ſed pro poſſeſſore ut prædonem, vel pro hærede ut falſum hæredem; ſed tamen proteſtatio hoc vitium intentionis corrigit; tenetur enim hæres proteſtari ſe eſſe contentum ex altero tantùm judicio conſequi ſententiam: ſic pariter in *d. l. 16.* idem ſimul dicit nullum teſtamentum, & agit querela inofficioſi teſtamenti, non tamen ſine proteſtatione aut alternatione, ut hac vel illa via ad jus ſuum perveniat. Nec obſtat textus in *d. l. 12. §. 1.* nam ideo ibi non denegatur interdictum *uti poſſidetis*, ei qui cœpit rem vindicare, licet hæc judicia contradictoria ſint, cum is qui agit rei vindicatione, adverſarium poſſidere fateatur: is verò qui experitur interdicto *uti poſſidetis*, ſe poſſidere dicat; nam non videtur poſſeſſioni renuntiare qui rem vindicavit; etſi enim qui rem vindicat, hoc judicio agat tanquam non poſſeſſor adversùs poſſeſſorem, non tamen ſic agit eo nomine, ut poſſeſſionem, ſi quam habet, aut ſe habere compererit, penitùs abjiciat, cum vindicatio non renuntiandæ, ſed avocandæ poſſeſſioni comparata ſit; quin imò etſi Dominus incertus ſit de poſſeſſione, poterit uno eodemque tempore apud eumdem judicem adhibita proteſtatione experiri rei vindicatione, & interdicto *uti poſſidetis*; docet Cujacius in *d. l. 1. C. de furtis. & in d. l. 12. §. 1. de acquir. poſſ.* at verò cum legem commiſſoriam exercere, & pretium petere ſint contradictoria, nec reſoluto contractu ulla detur incertitudo ex parte venditoris quæ locum faciat proteſtationi, evincitur præcisè venditorem nec ſimul, nec ſeparatim, nec ſimpliciter, nec cum alternatione aut proteſtatione poſſe utrumque petere, aut alterutrum, ſed unum tantùm; aut enim legem commiſſoriam exercebit, aut pretium petet, ita ut poſt ſemel factam electionem ampliùs variare non poſſit. 22

Nec tunc denique obſtat ultimum argumentum deductum ex *d. Novella 120. c. 8.* cui reſpondet Ant. Perex in *rubrica C. de jure emphyteutico n. ult.* quod ſi Dominus penſionem debitam, poſtquam in pœnam commiſſi incidit emphyteuticarius, receperit, licet per eam receptionem non intendere ſe juri ſuo renuntiare proteſtetur, nihilominùs 23

nihilominùs non poteſt expellete aut dejicere emphyteuticarium argum. texrus in *l. 7. hoc tit.* in eccleſiaſtica tamen emphyteuſi jus ſingulare conſtituit Juſtinianus in *d. Novella*, ut ſcilicet eccleſia poſſit emphyteuticarium qui in canonis ſolutione per biennium ceſſaverit, expellete, & præterea decurſam biennii penſionem adhibita proteſtatione petere. Verùm ex adverſo magnus Cujacius cui libenter ſubſcribo in *l. 2. C. de jure emphyt.* docer Dominum ex *d. Novella* poſſe uti jure commiſſi expulſo emphyteuticario, & præteritas penſiones exigere, & eam Novellam quoad hanc pattem nullum diſcrimen conſtituere inter eccleſiaſticum & paganicum emphyteuticarium, ſed ſolùm quoad temporis definitionem, ut ſcilicet ſi eccleſiaſticus emphyteuticarius per biennium in canonis ſolutione ceſſaverit, cadat in pœnam commiſſi cùm tamen ceſſatio triennii requiratur ut paganus cadat in pœnam commiſſi. *d. l. 2. C. de jur. emphyt.* maxima verò adeſt differentia inter pœnam commiſſi & legis commiſſoriæ: etenim non pugnat ſecum Dominus qui utens jure commiſſi expellit emphyteuticarium, & ſimul præteriri temporis penſiones exigit; namque cum Domino penſionem præſtare teneatur emphyteuticarius pro rata temporis quo conſtiterit emphyteuſis, proculdubio penſiones triennii domino debentur; nec intereſt quod emphyteuſis extinguatur; nam præſtantur pro eo tempore quo fundo emphyteutico fruitus fuit; itaque quemadmodum emphyteuticarius expulſus non tenetur fructus triennii reſtituere, ſic pariter penſiones domino præſtarentur pro toto triennio; at verò reſoluto contractu poteſtate legis commiſſoriæ ob non ſolutum ſua die pretium, ſi vendiror velit legem commiſſoriam exercere, pretium petere non poteſt; nam ex contractu nullo & reſoluto pretium deberi non poteſt; nec dici poteſt pretium præſtandum eſſe in compenſatione fructuum medio tempore perceptorum, nam reſoluto contractu emptor fructus omnes medio tempore perceptos reſtituere venditori tenetur, & omnes acceſſiones *l. ſi fundus 4. l. lege 5. hoc tit.* ut ſeq. cap. dicemus, & è converſo ſi pretium prtierit, non poterit rem venditam repetere, & legem commiſſoriam exercere, cum ſit abſurdum ut pretium petat, & rem venditam repetat *l. bona fides 50. de act. empt.* Secum ergo venditor omninò pugnaret, ſi & legem commiſſoriam exerceret, & pretium peteret. Itaque, ut ſæpr dixi, electio ei conceditur exercendi legem commiſſoriam, aut pretii petendi, & poſt factam ſemel electionem variare non poteſt, niſi minor ſit viginti quinque annis, qui ſi in electione læſus fuerit, propter inconſultam ætatis facilitatem poterit variare, impetrato in integrum reſtitutionis beneficio, argum. textus in *l. 7. §. Pomponius quoque 7. de minor.*

24 Exponendus nunc eſt celebris in hoc legis commiſſoriæ tractatu Pauli locus in *l. Æmilius Larianus 38. de minor.* ubi Æmilius Larianus ab Obinio fundum Rutilianum lege commiſſoria emerat data parte pecuniæ, ita ut *ſi intra duos menſes ab emptione reliqui pretii partem dimidiam non ſolviſſet, inemptus eſſet.* item *ſi intrà alios duos menſes reliquum pretium non numeraſſet, ſimiliter eſſet inemptus.* Intra priores duos menſes Lariano defuncto Rutiliana pupillaris ætatis ſucceſſerat, cujus tutores in ſolutione ceſſaverunt. Venditor denuntiationibus tutoribus ſæpe datis, poſt annum eamdem poſſeſſionem Claudio Thelemacho vendiderat: pupilla in integrum reſtitui deſiderabat; victam tam apud Prætorem quàm apud Præfectum urbi, provocaverat. Paulus putabat bene judicatum, quia pater ejus, non ipſa, contraxerat. Aliud Imperatori viſum fuit, ea potiſſimùm ratione quod dies committendi in tempus pupillæ incidiſſet, eaque res feciſſet, ne pareretur legi venditionis, hanc rationem impugnat Paulus; ait enim non ſe moveri quod dies poſteà tranſiiſſet, non magis quàm ſi creditor pignus diſtraxiſſet poſt mortem debitoris, die ſolutionis finita: addir tamen ea probabiliori ratione poſſe pupillam in integrum reſtitui, quoniam venditor denuntiando & pretium petendo poſt legis commiſſoriæ diem ei, renuntiaſſe videretur. Deinde duas alias rationes ſubjungit, quæ imperatorem in eam moverunt ſententiam, ut proounciaret pupillam in integrum reſtituendam, quarum prior hæc fuit: quod lex commiſſoria diſplicebar ei. Altera illa, quòd priores tutores qui non reſtitui deſideraſſent, ſuſpecti pronuntiati erant: hæc eſt integra textus ſeries quam percurrere libet, tum ut plenè percipiatur, tum etiam ut ex ea aliqua principia in ſuperioribus jacta quibus repugnare videtur, clariùs intelligantur. Putabat Paulus in ea ſpecie pupillam non eſſe in integrum reſtituendam, quia pater ejus, non ipſa contraxerat, nec intereſſe quod dies committendi in tempus pupillæ incidiſſet? Supponit itaque ut ex hoc textu dicebam ſupra *n. 16.* quod minori qui rem emit ſub lege commiſſoria adhuc poſt elapſum diem conceditur in integrum reſtitutio: negat tamen in propoſito pupillæ reſtitutionem competere, quia nulla eſt cauſa cur pupillo ſuccurri debeat in ea re de qua pater ejus, non ipſe, contraxerit: iniquum enim eſſet eum qui cum pupillo non contraxit, teneri pupilli pubertatem expectare *l. apud Julianum 8. ex quib. cauſ. in poſſ. eatur.* natura enim, lex, & ſubſtantia obligationis poſtea immutari ex perſona ſucceſſorum non poteſt *l. 2. §. ex his 2. de verb. obl. l. ſi intra 8. C. de non numerata pecunia:* hanc rationem confirmat Paulus ex eo; nam conſtat etiam ob creditæ pecuniæ ſolutionem omiſſam minorem non reſtitui adversùs venditionem pignoris à defuncto contracti, licet dies ſolvendi in tempus minoris inciderit *l. 2. C. ſi adverſ. vend. pignoris.* quod omne pendet, ex eo quod ſic concepta ſunt verba edicti de minoribus, *quod cum minore quam viginti quinque annis nata geſtum eſſe dicitur, uti quaque res erit animadvertam l. 1. §. 1. l. ait Prætor 7. de minor.* ut intelligamus ſi nihil omnino geſtum ſit cum minore, ſive pupillus, ſive adultus ille ſit, nullam ſubeſſe cauſam indulgendæ reſtitutionis: atqui in propoſita ſpecie contractus cum defuncto initus ſic perfectus fuit eo adhuc vivo, ut nihil ſuperfuerit gerendum cum pupillo: ergo non poteſt pupillus in integrum reſtitui: ſic hanc Pauli ratiooem explicat Duar. *ad tit. C. ſi adverſ. vendit. pignor.* Cujacius in *d. l. 38.* Ant. Faber in ejus *rationali & de err. dec. 25. err. 5. num. 6.*

25 Hæc tamen Pauli ratio deſtrui, & imperatoris ratio ex ſequentibus confirmari videtur, etenim ſufficere ad indulgendam reſtitutionem, quod dies committendi in tempus pupillæ inciderit probant ſequentia juris teſtimonia, textus in *l. 49. §. 2. de verb. obl.* ubi in hac ſtipula-

tione *nec per te nec per hæredem tuum fieri*, per hæredem videtur fieri, quamvis abſit & ignoret; addit tamen Paulus non videri per pupillum ſtetiſſe ex hujuſmodi ſtipulatione, *ſi pupillus heres erit*; atqui nemo negabit contractum ſtipulationis à defuncto initum, eo adhuc vivo fuiſſe perfectum: ergo pariter licet in *d. l.* 38. contractus emptionis cum defuncto initus, eo adhuc vivo fuerit perfectus; ſufficit tamen diem committendi in tempus pupillæ incidiſſe ad indulgendam reſtitutionem. Deinde ipſe Paulus ſibi ipſi adverſatur, nam *lib.* 1. *ſent. tit.* 9. *de minor.* §. *minor ult.* docet quod minor adverſùs diſtractiones eorum pignorum aut fiduciarum quas pater obligaverat, ſi non ita, ut oportuit, à creditore diſtractæ ſint, reſtitui in integrum poteſt: cujus contrarium non minùs diſertis verbis docet in hac *l.* 38. ut ſuam ſententiam confirmet & convincat rationem Imperatoris, & textus in *l. etiam* 45. *de minor.* ubi docet Caliſtratus minorem reſtitui adverſùs eam uſucapionem quæ cæpit adverſùs defunctum & impleta eſt adverſùs eum. Ex his ergo omnibus dicendum videbatur pupillam poſſe in integrum reſtitui in ſpecie *d. l.* 38. & per conſequens inefficacem eſſe rationem, qua Paulus in integrum reſtitutionem denegabat. Verùm adhuc ejus ratio ut veriſſima defendenda eſt. Nec ei obſtat textus prædictus in *d. l.* 49. §. 2. *de verb. obl.* nam reſpondeo cum Duareno ad *tit. C. ſi adverſ. vend. pignoris*, eam obligationem non eſſe hæreditariam, nec habere initium à defuncto, ſed incipere à perſona pupilli, non à perſona defuncti in ipſum pupillum transferri; quia ſcilicet facta fuit mentio hæredum, & quaſi duæ ſunt ſtipulationes, *nec per te, nec per hæredem fieri*, quemadmodum & dicimus duas eſſe ſtipulationes, cum quis ſibi, & hæredi ſtipulatur uſumfructum *l.* 38. §. 12. *de verb. obl.* cumque pupillus ſine tutoris authoritate non poſſit obligari *l.* 9. *de author. tut.* recte docet Paulus non videri per pupillum ſtare ex hujuſmodi ſtipulatione, *ſi pupillus heres erit*. Sed ſic replicabis: ergo ſi obligatio hæc incipit ab hærede, nec in eum tranſlata intelligitur à defuncto, non debuit committi adverſùs hæredem abſentem & ignorantem. Reſpondeo ex ſententia Donelli in *d. l.* 49. §. 2. quod quamvis hæc ſtipulatio incipiat ab hærede, tamen adverſùs eum committitur, ut defunctus voluit; voluit tamen ut committeretur, non ſi culpa hæredis fieret, quominus ſtipulatori ire, agere liceat, ſed indiſtinctè, ſi per hæredem id fiat adhuc ſine culpa, argumento textus in *l.* 2. §. 4. *de verb. obl.* itaque non eſt inſpiciendum quid, quove animo hæres fecerit ut teneatur, ſed quid defunctus de eo caverit, dummodo hæres poſſit obligari; aliàs enim ſi pupillus ſit, non poteſt adverſùs eum hæc ſtipulatio committi, in *d.* verò *l.* 38. obligatio eſt hæreditaria, qua ratione non poteſt ex pupilli hæredis perſona immutari.

26 Rursùs non obſtat alter Pauli locus *d. lib.* 1. *ſent. tit.* 9. §. *ult.* nam omiſſa ſolutione Duareni ad *d. tit. C. ſi adverſ. vend. pign.* reſpondeo cum Cujacio in *d. loco Pauli*, quod textus ille locum habet, cum creditor non, uti oportet, pignora diſtraxit, id eſt, non obſervatis lis quæ in diſtrahendis pignoribus obſervari ſolent; tunc enim minor reſtitui poteſt adverſùs diſtractiones eorum pignorum quæ pater ejus obligaverat; alioquin non niſi contra diſtractiunem à proprio creditore factam ei datur in integrum reſtitutio *d. l.* 38. *& d. l.* 2. *C. ſi adverſùs venditionem pignoris.* Denique non obſtat textus in *d. l.* 45. *de minor.* nam licet Cujacius exiſtimaverit minorem ob omiſſam uſurpationem non eſſe reſtituendum adverſùs uſucapionem cœptam contra defunctum, licet complendæ ejus tempus in minorem ætatem inciderit, fallitur tamen ex expreſſo textu in *d. l.* 45. cujus ratio eſt, quia nullus in hac ſpecie contractus eſt initus à defuncto, cujus duntaxat negligentia intervenit in patiendo, ut adverſùs eum inchoaretur uſucapio, quam minor idemque hæres poſteà contra ſe compleri paſſus eſt: in ſpecie verò *d. l.* 38. contractus initus fuit & perfectus à defuncto. Sic contra Cujacium docent Ant. Faber *in rationali ad d. l.* 38. *& ad d. l.* 45. Oſſuald. *lib.* 21. *comment. cap.* 7. *litt. L.* Multùm ergo intereſt, an obligatio ſit hæreditaria, an à minore cœperit, cum de indulgenda reſtitutione tractatur; juxta quæ principia intelligendus eſt textus in *l. ſi creditor* 7. §. *illud* 1. *de diſtract. pign.* ubi quæritur an liceat debitori, ſi hypotheca venierit, pecunia ſoluta eam recuperare? & reſpondetur cum diſtinctione, ut ſi quidem ita venierit, ut ſi intra certum tempus à debitore pecunia ſoluta fuerit, emptio reſcindatur intra illud tempus, pecunia ſoluta recipiat hypothecam: ſi verò tempus præterierit, aut eo non pacto res venierit, non poteſt reſcindi venditio, niſi minor ſit annis viginti quinque debitor, aut popillus, aut reip. cauſa abſens, vel in aliqua earum cauſarum erit ex quibus edicto ſuccurritur; cujus deciſionis ratio eſt, quia textus loquitur de minore qui ſit ipſe debitor, non qui ſucceſſerit debitori, & conſequenter de pignore, quod ab ipſo minore conſtitutum ſit, aut etiam à judice in odium minoris, fortaſſe ex cauſa judicati *l. ſi ex cauſa* 9. *de minor.* quo caſu conſtat ſuccurrendum eſſe minori adverſùs venditionem pignoris, quantumlibet rite ac legitime factam, non quidem facile & indiſtinctè, ſed ita demum, ſi grande damnum ſit minoris; ſi verò ab eo cui minor ſuccurrerit pignus datum fuerit, ſive pater is fuit, ſive extraneus quilibet, non habet rationem deſiderium minoris, ſi ob ætatem ſuam velit reſcindi venditionem, quam creditor fecerit rei ab alio ſibi obligatæ: & conſequenter conſtat ex his efficacem eſſe rationem qua Paulus utebatur ad denegandam pupillæ in integrum reſtitutionem. docet Ant. Faber *de err. dec.* 25. *err.* 6. *n.* 2. 2

Verùm licet Paulus ea veriſſima ratione convicerit rationem qua Imperator movebatur ad indulgendam pupillæ reſtitutionem, tamen dicebat alia magis ratione poſſe eam reſtitui, quo ſcilicet venditor denuntiando poſt diem quo placuerat eſſe commiſſum, & pretium, petendo receſſiſſe à lege ſua videretur ex regula textus in *d. l.* 6. §. *ult. d. l.* 7. *hoc tit.* ex qua ratione ingens ſane ſuboritur difficultas; nam ſi venditor poſt elapſum legis commiſſoriæ diem denuntiando & pretium petendo, legi commiſſoriæ renuntiare intelligitur, cum venditor in hac ſpecie proponatur poſt annum denuntiationibus tutoribus ſæpè factis fundum alii vendidiſſe, videbatur dicendum jure communi ſuccurrendum eſſe pupillæ, nec indigere reſtitutione ex regula textus in *l. in cauſa* 16. *de minor.* & per conſequens tantum abeſt, ut ratio qua Paulus utitur, probet reſtitutionem indulgendam pupillæ; ut potiùs probet reſtitutionem ei denegandam, utpote quæ mero communique jure tuta ſit. Hanc diffi-

cultatem variè diluunt interpretes. Duar. ad *d. tit. C. ſi adverſ. vend. pign.* reſpondet, quod etſi pupilla tuta eſſet jure communi, ex eo quod venditor legi commiſſoriæ renuntiaſſet, tamen poteſt in integrum reſtitui, quia in integrum reſtitutio poteſt cum aliis remediis concurrere ex reg. *d. l.* 16. ita eſt intelligenda, ut ſcilicet cum ipſo jure munitus eſt minor, tunc ceſſet reſtitutio; in ſpecie verò *d. l.* 38. pupilla non eſt ipſo jure munita, ſed per replicationem. Etenim ſi pupilla poſt tempus elapſum pretium offerat venditori, & fundum petat, excipiet venditor legem commiſſoriam eſſe, replicatione utetur puella, quod etſi ſummo jure ſit lex commiſſoria, tamen venditor petendo pretium videtur à commiſſoria lege diſceſſiſſe. Ergo nihil prohibet eam in integrum reſtitui. Verùm hæc Duareni ſolutio falſa eſt, & falſo nititur fundamento; nam certum juris principium eſt ſufficere, ut ex contractu aliqua actio minori competat ad denegandam reſtitutionem, nec requiri ut ipſo jure tutus ſit minor, ut expreſsè dicitur in *d. l. 16. de minor.* atqui ipſe Duarenus fatetur puellæ competere actionem ex contractu ad petendum fundum oblato pretio venditori, qui poſt elapſum diem legis commiſſoriæ denunciavit, & pretium petiit; ergo fateri tenetur ei denegandam eſſe reſtitutionem, & inefficacem eſſe rationem, qua Paulus utitur ad indulgendam pupillæ reſtitutionem. Cujacius & Ant. Faber in *d. l.* 38. aſſerunt non aliter venditorem intelligi legi commiſſoriæ renuntiare, quàm ſi pretium totum, aut ejus partem per judicem petierit, idque ſignificare verbum *petendi*, quo in hac re utuntur Juriſconſulti in *d. l. 4. §. eleganter & in d. l. 6. §. ult. cum l. ſeq. hoc tit. in d.* verò *l.* 38. venditorem non per judicem pretium petiiſſe, ſed extra judicium tutores interpellaſſe, & ob id ei licuiſſe poſt denuntiationem legem commiſſoriam exercere, & fundum alii vendere; aliàs enim ſi per judicem pretium petiiſſet, haberet pupilla actionem ex contractu, nec indigeret reſtitutionis auxilio: & ideo, inquiunt, Paulus non aſſerit rationem illam idoneam eſſe, cum contra dixerit benè judicatum à Prætore, & Præfecto Urbi, ſed ait tantùm eſſe probabiliorem cæteris, quibus motus fuit Imperator ad indulgendam pupillæ reſtitutionem.

28 Sed tunc meritò quæres à Cujacio & Ant. Fabro, ex quo textus verbo inferunt venditorem non per judicem pretium petiiſſe, ſed extra judicium tantùm tutores interpellaſſe? cum conſultus ſolùm proponat ſimpliciter venditorem denuntiaſſe, & pretium petiiſſe. Deinde licet conſultus expreſsè proponeret venditorem extra judicium interpellaſſe, ab eis quæres, unde inferant extra judicialem pretii petitionem non ſufficere, ut venditor legi commiſſoriæ renuntiare intelligatur? cum imo extra judicialem petitionem pretii ad id ſufficere, & poſt eam variandi facultatem non eſſe venditori ex eo probetur, quod quando in alternativa ſtipulatione ſibi electionem reſervat ſtipulator, cum ſemel etiam extra judicium dixerit, ſe illam rem velle, electionem conſumit, niſi verbo futuri temporis tractum habente & extenſivo uſus ſit, veluti *utrùm volam l. ſi quis ſtipulatus* 112. *in princip. de verb. obl.* etſi ex cauſa legati electio competat legatario, aut hæredi jus eligendi, etiam electione extra judicium facta, conſumitur *l. ſervi 5. l. hujuſmodi* 84. *§. Stichum 9. de leg. 1. l. 20. de opt. legata*, docet Donellus *lib. 15. comment. cap.* 2. Ergo pariter extrajudicialis pretii electio facultatem legis commiſſoriæ exercendæ conſumet, & per conſequens cum in *d. l.* 38. extrajudicialis tantum pretii petitio interceſſerit, venditor non potuit exercere legem commiſſoriam, & fruſtra pupilla petiit in integrum reſtitutionem, cum ex contractu actionem habeat ad petendum fundum pretio oblato. His difficultatibus pro Cujacio & Fabro ſatisfaciam. Primæ reſpondeo ex eo textu colligi venditorem non per judicem pretium petiiſſe, ſed extra judicium tantùm tutorem interpellaſſe; nam conſultus ſolum proponit, tutoribus ſæpe venditorem denuntiationem feciſſe, quæ olim litis conteſtationem præcedebat; olim etenim moris erat, ut is qui cum aliquo litem habebat, adverſario ſuo denuntiaret, ut hoc vel illo die ad judicium accipiendum, & litem perſequendam adeſſet, ut notant Interpretes *in §. appellamus 15. inſt. de act.* Cum quo ſæpè venditor ſuper pretii petitionem tutoribus denuntiationem feciſſet, nec tamen litem unquam conteſtatus cum eis fuiſſet, rectè potuit legem commiſſoriam exercere. Nec tunc obſtat ſecunda difficultas, cui reſpondeo quod cum quis alternativè ſtipulatur ita: *illud, aut illud, utrum voluero.* Ideo jus eligendi electione prima etiam extrajudiciali conſumitur, quia verbum illud *voluero* habet ſignificationem præteriti temporis, quod tunc declaratur poſteà quam ſtipulator voluerit; hoc verò cum præterierit, amplius revocari non poteſt, quia quidquid velit poſteà, ſemper neceſſe eſt electionem ad id quod præteriit, id eſt quod voluit anteà, referri; in legatis etiam ideò jus eligendi prima electione extrajudiciali conſumitur, quia ſemel electione facta dominium quæritur ipſo jure legatario ex regula textus in *l. 80. de leg.* 2. at verò jus eligendi quod habet venditor reſoluto contractu non conſumitur per extrajudicialem pretii petitionem, ſed potius per litis conteſtationem, quia actionem habet, electionem ſcilicet actionis ex vendito, & rei vindicationis ad rem recipiendam, aut actionis ex vendito ad pretium petendum; non verò poteſt actio electa dici, niſi quæ in judicium deducta fuerit, qua ratione judicialis pretii petitio exigitur, ut legi commiſſoriæ renuntiaſſe venditor intelligatur.

Contendunt itaque Cujacius & Ant. Faber 29
Paulum non afferre rationem illam tanquam idoneam, ſed tanquam probabiliorem cæteris, quibus motus Antoninus Imperator pupillam in integrum reſtituendam pronuntiavit. Rationes autem quibus movebatur præter illam quam cum Paulo rejecimus *num. 24. cum duobus ſequentibus* duæ ſunt. Prima, quia lex commiſſoria diſplicebat ei; ex qua inferunt Interpretes legem commiſſoriam odioſam eſſe in venditionibus, & hujus rei eam reddit Ant. Fab. *de err. dec. 21. err.* 6. quia hujus conventionis poteſtas eſt, ut bona fide contractam perfectamque venditionem ipſo jure diſſolvat, faciatque inemptam rem, quæ reverà empta fuit. Sed fallitur, nam ex ea ratione pariter & pactum addictionis in diem quod ipſo jure venditionem reſolvit, eſſet odioſum, & generaliter pacta omnia reſolutiva emptionis eſſent odioſa, quod nemo hucuſque dixit, cum potius nihil ſit tam conſentaneum æquitati, quàm ut ea quæ inter contrahentes placuerunt, obſer-

ventur. Aliam rationem tradir ipſe Anton. Fab. *de err. dec.* 25. *err.* 5. *n.* 12. ubi aſſerit legem commiſſoriam odioſam eſſe in ſpecie *d. l.* 38. quia emptor qui partem pretii ſolvit, reſoluto contractu amittit pecuniam quam dederat venditori *l.* 4. §. 1. *hoc tit.* atqui emptor in *d. l.* 38. pretii partem ſolverat, quam proculdubio amitteret pupilla ejus hæres ſecluſo in integrum reſtitutionis auxilio. Ea ergo vera eſt ratio, ob quam Impetator legem commiſſoriam odioſam appellavit, non quidem generaliter, ſed ſolùm in ſpecie propoſita, quod & admittit Oſſuald. *d. lib.* 16. *comment. cap.* 19. *litt.* C. Verùm licet hæc ratio ſubtili hoc modo expoſita moverit Imperatorem, tamen eam etiam inefficacem eſſe ex eo facilè oſtendo; non enim probat odioſam eſſe legem commiſſoriam in allata ſpecie; nam etſi fateamur ſecluſo beneficio reſtitutionis pupillam amittere partem pretii, quam pater ejus emptor venditori perſolverat, tamen etiam dicere dèbemus, eam in hujus damni compenſationem lucrari fructus medio tempore perceptos *d. l.* 4. §. 1. *hoc tit.* quas alioqui reſoluto contractu ſi nulla pars pretii eſſet ſoluta, reſtituere teneretur venditori *d. l.* 4. *in princip.* & *l.* 5. *hoc tit.* Cum ergo damnum amiſſionis partis pretii ſolutæ compenſetur cum lucro fructuum medio tempore perceptorum, adhuc in propoſita ſpecie lex commiſſoria odioſa videri non debuit, & conſequenter immeritò diſplicuit Imperatori. Secunda ratio hæc eſt, quia tutores qui in ſolutione pretii ceſſarunt, & reſtitutionem non petierunt, tanquam ſuſpecti à tutela remoti fuerunt. Sed hæc nec ſufficit ad indulgendam reſtitutionem, nec enim factum, aut dolus tutoris nocere ei debet, qui cum pupillo rem habet, cùm ſit abſurdum deteriorem fieri alterius conditionem ob id ſolum, quod tutor ſuſpectus ſit: nihil enim poteſt imputari ei qui negotium habet cum tutore pupilli nomine, argumento textus in *l.* 4. §. 23. *de dol. mal. & met. exceptione.* Itaque hæc ratio ſolùm probat pupillam poſſe eo nomine adversùs tutores experiri argum. textus in *d. l.* 2. *C. ſi adverſus vend. pign.* non verò poſſe in integrum reſtitui, ut conſideraur Duar. ad *d. tit. C. ſi adverſ. vend. pign.* & Ant. Fab. *in rationali d. l.* 38. ex quibus inferunt Cujacius, Faber, & alii Paulum ab Imperatore diſſenſiſſe, & Imperatorem contra Pauli aſſidentis ſententiam, & manifeſtam juris rationem pietate motum & allatis rationibus, quantumvis inefficacibus, de facto pronuntiaſſe pupillam in integrum reſtituendam eſſe. Bartbolus tamen & poſt eum alii exiſtimant Imperatorem non conceſſiſſe pupillæ tanquam minori in integrum reſtitutionem, propter rationem expenſam à Paulo, ſed tanquam majori propter juſtam & probabilem ignorantiæ cauſam ex generali clauſula, *ſi qua mihi juſta cauſa eſſe videbitur* de qua in *l.* 1. *ex quib. cauſ. major.* ex regula textus in *l. qui in alterius* 42. *de regulis juris*, quam ſententiam optimè convincunt Donellus ad *l.* 77. *de verb. obl.* & Ant. Faber *de err. dec.* 25. *err.* 5. *n.* 15. & *err.* 7. *per tot.* quibus ſubſcribit Oſſuald. *d. lib.* 21. *cap.* 7. *litt.* K. nec enim contra lapſum temporis conventionalis debet competere reſtitutio ex contractu geſto cum defuncto. argum. textus in *l.* 49. §. 2. *de verb. obl.* eadem ratione, qua nec conceditur minori, nec obſtat textus in *d. l.* 42. *de reg. jur.* nam quod ibi dicitur eos qui in alterius locum ſuccedunt juſtam habere cauſam ignorantiæ, eò pertinet, ut ſi hæres per errorem indebitum ſolverit, repetere poſſit, quia ejus ignorantia ſupina non eſt, non verò ut hæres poſſit propter ignorantiam reſtitui in negotio cum defuncto contracto.

30 Verum licet fatear hanc Cujacii & Fabri explicationem optimam eſſe, tamen ne dicamus Antoninum Imperatorem contra juris rationem reſpondiſſe, alio modo textum in *d. l.* 38. explicandom contendebam, in ejus ſerie proponitur ei qui emerat ſub lege commiſſoria, pupillam hæredem extitiſſe, & tutores in ſolutione ceſſaſſe, & ob id legem commiſſoriam fuiſſe. Venditur pretium petiit, & cum tutores non ſolviſſent, forſan quia vellent reſolutum eſſe contractum, ipſe venditor ex voluntate fundum alii vendidit. Quærebatur an pupilla in integrum eſſet reſtituenda? Impetator aiebat eam in integrum reſtituendam, quia dies committendi in ejus tempus incidiſſet: hanc rationem Paulus impugnat, & ait alia ratione eſſe reſtituendam, ſcilicet quia venditor poſt diem legis commiſſoriæ denuntiando & pretium petendo, à lege ſua receſſiſſe videretur; quæ ratio ſi ſubtiliter accipiatur, probat pupillæ indulgendam reſtitutionem. Supponit conſultus etiam extrajudicialem pretii petitionem ſufficere, ut legi commiſſoriæ renuntiare venditor intelligatur, tum quia cum emptionis contractus ſolo conſenſu perficiatur, & cum venditor pretium petit, contractum confirmet, non requiritur litis conteſtatio, tum etiam quia idem accidit in alternativis obligationibus *d. l.* 112. *de verb. obl. d. l.* 5. *l.* 84. §. *Stichum de leg.* 1. Deinde & id probatur ex *d. l.* 4. §. 2. *hoc tit.* ubi ait Ulpianus ſtatim ac commiſſa lex eſt, ſtatuere debere venditorem, an velit commiſſoriam legem exercere, an potius pretium petere, nec poſſe poſteà variare. Tunc ſic: conſultus non aſſerit teneri venditorem ſtatim legem commiſſoriam exercere, aut pretium petere, ſed ſtatuere debere an velit &c. Ergo non exigit litis conteſtationem, ſed ſolam extrajudicialem voluntatis declarationem. Supponit etiam pupillam non potuiſſe agere ex contractu contra venditorem: aliàs enim non egeret reſtitutione ex regula textus in *d. l.* 16. *de minor.* quia licet venditor contractum confirmaſſet pretium petendo, tamen tutores ſæpius conventi illud non ſolverunt, & inter eos & venditorem convenit, ut ei liceret fundum alii vendere, quod neceſſariò ponendum eſt. Quapropter hac poſteriore conventione adempta fuit pupillæ actio ex contractu, quam ſibi petierat ex petitione pretii facta à venditore, & eo nomine reſtitui poſſe. Optimè Paulus ſcribit, quaſi diceret verum quidem eſſe, pupillam non poſſe reſtitui adverſus omiſſam ſolutionem pretii intra tempus conventum, quia pater ejus, non ipſa, contraxit; reſtitui tamen poſſe ex eo quod actionem quam quæſierat ex negotio cum ipſa, non cum patre contracto, nimirum ex pretii petitione, culpa aut negligentia tutorum amiſiſſet, quæ juſta eſt cauſa indulgendæ reſtitutionis. Itaque Imperator pronuntiavit ſibi legem commiſſoriam in ea ſpecie diſplicere, & pupillam in integrum eſſe reſtituendam addita ea ratione, quia tutores qui in pretii ſolutione ceſſarunt, ut ſuſpecti remoti ſunt, quæ, ut jam diximus, non ſufficeret per ſe ſola ad concedendam reſtitutionem. Nec dicat aliquis divinatoriam eſſe hanc

ſolutionem; nam ex ipſo textu infertur venditorem poſtquam pretium petiit, eum tutoribus conveniſſe, ut ei liceret fundum alii vendere, eum ſæpe denuntiaſſet, nec tamen unquam litem fuiſſet conteſtatus: & quia veriſimile eſt tutores qui ut ſuſpecti remoti fuerunt, ne pretium ſolvere cogerentur, ut ſic pupillari pecunia graſſarentur, eam conventionem fuiſſe cum venditore inituros. Paulus ergo non improbat ſententiam Imperatoris, quam potiùs ea urgentiſſima ratione confirmat, ſed rationem qua movebatur Imperator. Dices tamen, cur ergo in verſ. *putabam* ait bene judicatum fuiſſe à Prætore, & Præfecto urbi, qui reſtitutionem pupillæ denegatunt? Reſpondeo Paulum illud priùs exiſtimaſſe, ſed tandem re meliùs perpenſa in verſ. *dicebam* contrarium docuiſſe, & ſententiæ Antonini Imperatoris conſenſiſſe; & hæc, ſi quid mei judicii eſt, vera eſt textus in *l.* 38. mens & ſententia.

31 Vidimus jam quæ requirantur ut contractus legis commiſſoriæ poteſtate reſolvatur; itaque ad hujus capitis complementum animadvertendum ſupereſt in commiſſoria lege hoc etiam ſolere convenire, ut ſi venditor reſoluto contractu, ob non ſolutum ſtatuta die pretium ab emptore, fundum vendiderit, quanto minoris vendiderit, id à priore emptore exigat, & eo nomine actionem ex vendito venditori competere adversùs priorem emptorem, ut Ulpianus ſcribit in *d. l. ſi fundus* 4. §. *in commiſſoria* 3. *hoc tit. l.* 6. §. 1. *de contrah. empt.* nam pactum hoc habet, cum hoc damnum emptor ex ſua culpa ſentiat, adeoque nec ſentire videatur, quia fidem fefellerit ex regula textus in *l. quod quis* 203. *de reg. jur.* quin imò potiùs eſt æquitati conforme; nam nec aliter indemnis ſervaretur venditor, quod credibile eſt, non niſi anguſtia rei familiaris oppreſſum ad venditionem acceſſiſſe, & reſoluta per emptoris culpam priore venditione alium emptorem quærere coactum fuiſſe, eique minoris rem vendere, quo incommodo & damno exoneratus fuiſſet, ſi prior emptor fidem non fefelliſſet. Quæri tamen poteſt an hæc conventio tacitè adjecta intelligatur venditioni contractæ ſub lege commiſſoria? & quidem dicendum videtur tacite adjectam intelligi; nam ſi Ulpiano credimus in *d. l.* 4. §. 2. *hoc tit.* ſolita fuit hæc conventio; ea verò quæ moris & conſuetudinis ſunt, in judicium bonæ fidei venire ſolent *l. quod ſi nolit* 31. §. 20. *de ædil. edicto.* Sed tamen cum Accurſio tenendum eſt, hanc conventionem nunquam adjectam intelligi, niſi apertè à contrahentibus fuerit expreſſa, nihil namque refert an ſolita tantùm ſit conventio, ut hæc; an aſſidua, ut duplex ſtipulatio, de qua in *d.* §. 20. quæ ſolita tantùm eſt interponi, non habetur hoc ipſo pro interpoſita, ſed tantùm quæ aſſidua eſſet; alioqui ſimiliter dicendum eſſet in contractu venditionis, & in alio quolibet, qui ſit bonæ fidei, obligationem bonorum habendam eſſe pro adjecta, quia in contractibus omnibus adjici ſolet *l. & quæ nondum* 15. §. *quod dicitur* 1. *de pignor.* cum tamen certum ſit, quod ad hoc ut bona omnia ſint pignoris nomine obligata, adhuc ex cauſa contractus bonæ fidei expreſſa deſideratur conventio, ut conſiderat Ant. Fab. *in rationali textus in d. l.* 4. §. 2. *hoc tit.* & hæc de hoc capite.

CAPUT II.

De effectibus venditionis ſub lege commiſſoria contractæ, & reſolutionis vi hujus pacti contingentis &c.

CUm certum juris principium ſit venditionem ſub lege commiſſoria contractam puram eſſe, & ſub conditione reſolvi, ut conſtat ex *l.* 1. *hoc tit.* infertur præcisè dominium rei ſub ea conventione venditæ & traditæ in emptorem transferri, & ei vindicationem competere, licet nondum pretium venditori numeraverit; nec enim neceſſe eſt pretium ſolvi, ſed ſufficit de eo fidem haberi emptori *d. l.* 19. *d. l.* 53. *de contrab. empt. d.* §. *venditæ* 41. *inſt. de rer. diviſ.* Conſtat verò eum qui rem vendit ſub lege commiſſoria, fidem emptoris ſequi, cum ei diem ſtatuat, intra quam pretium ſolvat argumento textus in *l. ad ſolutionem* 5. *C. de re judicata.* Huic tamen doctrinæ opponi videtur textus in *l. ſed & ſi quid* 25. §. *interdum* 1. *de uſufr.* ubi ſi ſervus fructuarius ſervum emerit, & per traditionem acceperit, nec tamen pretium numeraverit, ſed ſatis pro eo fecerit, forte fidejuſſore dato, quæritur cui dominium ſervi empti acquiratur, proprietario ſcilicet, an fructuario? & Ulpianus ex ſententia Juliani reſpondet in pendenti eſſe dominium ejus & numerationem pretii declaraturam cui acquiratur; nam ſi ex re fructuarii pretium numeratum fuerit, fructuarin: ergo ſentit neceſſario requiri pretii numerationem, nec ſufficere fidejuſſoris dationem, & multò minus fidem haberi de pretio, ut ex cauſa venditionis dominium in emptorem transferatur: ergo ex cauſa venditionis contractæ ſub lege commiſſoria dominium non poteſt in emptorem transferri, cum nulla pretii numeratio intercedat, ſed de eo ſolùm fides habeatur. Reſpondendum eſt in pendenti eſſe dominium ſervi empti à ſervo fructuario, quod ad Dominum ſervi ementis attinet *l. bovem* 43. §. *ult. de ædil. edict. l.* 43. §. *ult. de acquir. rer. dom.* non tamen in pendenti eſſe quoad ſervum venditum, & vendentem à quo ſtatim dominium recedit, quare ſecuta numeratione pretii retrocreditur dominium acquiſitum fuiſſe ex tempore factæ traditionis ei ex cujus re pretium numeratum fuerit, ut ipſe conſultus docet in *d. l.* 25. §. 1. docent Cujacius in *d. l.* 19. *de contrab. empt.* & Oſſuald. *lib.* 4. *comment. cap.* 16. *litt. D.* Verum itaque eſt quod ſupra diximus, ſcilicet non requiri pretii numerationem, ad hoc ut dominium ex venditionis cauſa transferatur, ſed ſufficere fidem haberi de pretio, & per conſequens ex cauſa venditionis ſub lege commiſſoria contractæ dominium in emptorem transferri. 1

Rurſus ſubtiliter expendens difficilem & ad rem incognitum textum in *d. l.* 38. *de minor.* ubi docere videtur Paulus ex cauſa venditionis contractæ ſub lege commiſſoria dominium non transferri in emptorem; ait enim ob non ſolutum pretium ſua die à pupilla, quæ patri emptori hæres extitit, reſolvi emptionem fundi, nec ullum ad id exigit Prætoris decretum; cum tamen conſtet minores ex oratione ſeveri non poſſe fundi dominium, tametſi reſolubile, amittere 2

Digitized by Google

ſine decreto Prætoris *l. 1. l. magis 5. §. fundum autem 8. de reb. eorum qui ſub tutel.* ubi minor fundum legatum per vindicationem cujus habet reſolubile dominium, non poteſt ſine prætoris decreto repudiare: ergo cum conſultus citra ullum decretum emptionem fundi reſolvi ſupponat; innuit dominium in emptorem fuiſſe tranſlatum, & à pupilla ejus hærede ipſo jure abſque ulla decreti interpoſitione receſſiſſe ob non ſolutum pretium ſtatuta die, quia decretum non requiritur, cum dominium recedit à minore ex patris voluntate vel facto *d. l. 5. §. 6. & 7. de rebus eorum.* & probant textus in *d. l. 1. §. 2. in fin. eod. tit.* Ubi creditor agrum minoris quem ab ejus patre pignori acceperat, poteſt citra ullum decretum diſtrahere, & textus in *l. 1. C. quando decreto opus non eſt.* ubi minor qui ſucceſſit in ejus jura qui fundum emerat ſub pacto de retrovendendo, poteſt compelli ad retrovendendum fundum ſine decreto emptoris qui pretium obtulit, docet Ant. Fab. in Pap. *tr. 13. de tutelis princip. 8. illat.* 60. atqui in *d. l.* 38. pater ea conventione fundum emerat, ut ſi intra certum diem pecuniam non ſolviſſet, res eſſet inempta: ergo nihil mirum dominium ex patris voluntate à minore ejus hærede pretio intra præfixum diem non ſoluto recedere. Vel etiam & meliùs reſpondendum eſt, quod etſi minor ipſe fundum emerit ſub lege commiſſoria, ſi pretium non ſolverit intra ſtatutam diem, reſolvitur contractus ipſo jure, & ab eo dominium recedit ſine Prætoris decreto, licet poſſit tunc, ſi læſum ſe oſtendat, in integrum reſtitui adversùs omiſſam ſolutionem: & id ſenſit Paulus in *d. l.* 38. ubi ea ratione putabat pupillam non eſſe in integrum reſtituendam, quia pater ejus, non ipſa, contraxerat. Ergo ſi ipſa contraxiſſet, & pretium non ſolviſſet, poſſet in integrum reſtitui. Ergo neceſſarium non fuit decretum, ut ab ea dominium recederet. Conſequentia patet; nam ubi decretum requiritur, actus ſine eo geſtus nullus eſt ipſo jure, adeò ut minor reſtitutione non egear *l. ſi prædium 16. C. de prædiis & aliis rebus minorum*, ex regula textus in *d. l. 16. de minor.* idem ſenſiſſe videtur Hermogenianus in *l. 35. de minor.* ubi indiſtinctè ſcribit dominium rei emptæ ſub pacto addictionis in diem ipſo jure diſcedere à minore, allata ab alio meliori conditione, licet minor læſus poſſit eo nomine in integrum reſtitui: & hujus rei ratio eſt vis & poteſtas pacti reſolutivi, ut contractum ipſo jure reſolvat, ita ut retrocredatur dominium nunquam in emptorem fuiſſe tranſlatum, ſed ſemper penès venditorem manſiſſe. Itaque exiſtente reſolutiva conditione, nulla alienatio intervenit ex parte emptoris, & per conſequens non requiritur decretum; nam aliàs reſolutio non fieret ipſo jure. Aliud ſane dicendum eſt, ſi minor fundum emerit ſub pacto retrovendendi, tunc enim ut oblato pretio fundum cogatur retrovendere, neceſſarium eſt decretum, ut probat ab argumento textus in *d. l. 1. C. quando decreto opus non eſt*, quia retrovenditio nec eſt prioris reſolutio, nec reſciſſio, ſed potiùs ſecunda venditio; quod & obtinet, cum ad reſolutionem dominii minoris ejus factum poſitivum deſideratur, tunc enim licet ipſo jure contingat reſolutio, decreto opus eſt, ut in *d. l. 5. §. 8. de rebus eorum.* at verò reſolutio, quæ contingit legis commiſſoriæ poteſtate, ita fit ipſo jure, ut nullum poſitivum factum emptoris minoris deſideretur, ſupra quod cadere decretum poſſit, ſed ſolam ceſſationem in pretii ſolutione, unde ex *d. l.* 38. hoc modo intellecta non probatur dominium rei venditæ ſub lege commiſſoria in emptorem non transferri, ſed potiùs transferri & reſolvi exiſtente reſolutiva conditione.

3 Præcipuus itaque effectus venditionis ſub commiſſoria lege contractæ eſt tranſlatio dominii in emptorem, ſi Dominus fuit venditor, aut quaſi dominii, & uſucapiendi conditionis, ſi Dominus non fuit; ex quo cæteri effectus reſultant; poteſt namque emptor ante reſolutum contractum rem vindicare, alienare, pignori dare, ei ſervitutem imponere & acquirere. Deinde & fructus rei emptæ ſibi acquirit, qui omnes dominii effectus, quemadmodum & dominium, confirmantur ſecura omnino contractus confirmatione, nimirum pretio intra ſtatutum diem ſoluto; contra vero pretio intra diem conventum non ſoluto, ipſo jure contractus reſolvitur. Reſolutionis autem primarius effectus eſt, ut deleat omnino contractus imaginem & conceptum, & eum nunquam præceſſiſſe ſupponat. Ex hoc reliqui reſolutionis effectus dimanant: dominium namque ipſo jure ab emptore recedit, pignus ab emptore medio tempore conſtitutum reſolvitur. Vide quæ dixi in *comment. ad tit. de in diem addictione cap. 3. ex num. 12. uſque ad num. 15.* Servitus medio tempore impoſita reſolvitur, licet non reſolvatur ſervitus acquiſita; repete quæ dixi *d. cap. 3. ex num.* 12. & generaliter omnia quæ toto illo capite diſſerui de effectibus reſolutionis contingentis poteſtate legis commiſſoriæ contingenti. Itaque ea ſolùm diſputabo quæ reſolutionis, quæ fit vi pacti commiſſorii, ſunt propria, & quæ omiſi *d. cap.* 3. cum communia ſint utrique reſolutioni, & quidem ſi is qui rem emit ſub lege commiſſoria, nullam pretii partem venditori numeraverit, reſoluto contractu fructus omnes medio tempore perceptos reſtituere venditori tenetur, *l. 4. in princip. l. 5. hoc tit.* & tunc idem obtinet in reſolutione quæ fit ex lege commiſſoria, quod viget in ea quæ fit ex pacto addictionis in diem. Si verò aliqua pretii pars fuerit numerata, nihil intereſt an contractus reſolvatur vi pacti addictionis, an verò legis commiſſoriæ: ſi enim reſolvitur vigore pacti addictionis, emptor pretium quod venditori numeraverat repetit *l. ult.* de in diem addict. dixi *d. cap. 3. n. ult.* Si verò reſolvitur vi pacti commiſſorii, emptor pretium quod numeravit perdit, *d. l. 4. §. 1. hoc tit.* ratio diſcriminis pendet ex eo, nam reſolutio contractus contingens ex pacto addictionis in diem poteſt imputari emptori, cum non ex ejus culpa, ſed ex adjectione ab alio facta oriatur; at reſolutio quæ fit ex lege commiſſoria, tota pendet ex perfidia emptoris, qui hoc ipſo quod integrum pretium intra præfixum diem non ſolvit, fidem fefellit, ut ait conſultus in *d. l. 5. hoc tit.* itaque in lege commiſſoria actum intelligitur inter emptorem & venditorem, ut partem pretii numeratam emptor penleret in pœnam fidei non ſervatæ, ut ſcilicet eo metu tanto magis invitaretur ad ſolvendum pretium, & à fallenda fide, quod ſemper grave eſt, deterreretur, ſibique imputare debet emptor qui fidem fallere maluit, quàm implere.

4 Nec ſolùm emptor reſoluto contractu poteſtate

legis commiſſoriæ partem pretii quam numeravit perdit, ſed & id quod arrhæ nomine dedit venditori, ut reſpondet Scævola in *l. de lege 6. in princip. hoc tit.* nam qui ea lege emit, datis arrhis fidem ſuam obſtrinxit, & ejus fractæ multam ſibi indixit in arrharum diſpendio, ut conſiderat Ant. Fab. *in rationali d. l. 6.* juxta quæ intelligendus eſt textus in *l. 15. in princip. de hæred. pet.* ubi ſi bonæ fidei poſſeſſor hæreditatis rem hæreditariam ſub lege commiſſoria diſtraxerit, quæritur an conventus petitione hæreditatis teneatur præſtare, & reſtituere lucrum, quod ſenſit ex lege commiſſoria? & reſpondet Ulpianus reſtituere illud teneri, quia verum eſt locupletiorem factum eſſe. Ergo ſentit reſoluto contractu ex lege commiſſoria, apud venditorem remanere id quod arrhæ vel pretii nomine datum fuerit; nullum enim aliud lucrum poteſt venditor ex lege commiſſoria nanciſci, ut docet Ant. Faber *in rationali d. l. 15.* Nec obſtat quod à ſemel perfecto emptionis contractu etiam datis arrhis non liceat alteri ex contrahentibus reſilire ſine alterius voluntate, licet aliud ſit, ſi nondum perfectus fuerit contractus, ſed ſolùm pactum de vendendo interceſſerit, ut notant repetentes in *princip. inſt. de empt. & vend.* nam hoc fallit in emptione contracta ſub lege commiſſoria ex contrahentium voluntate. Verùm Ant. Faber ſibi contrarius *de err. dec. 25. err. 5. & dec. 96. err. 5.* exiſtimavit emptorem reſoluto contracto, nec partem pretii quam numeravit, nec arrhas perdere contra expreſſos textus in *d. l. 4. §. 1. & d. l. 6. hoc tit. & d. l. 15. de hæred. petit.* ex eo motus; nam in venditione contracta ſub lege commiſſoria pactum adjici ſolebat, ut reſoluto contractu emptor partem pretii numeratam & arrhas amitteret *l. ult. hoc tit. l. 1. C. de pact. inter empt. & vend.* Ergo, inquit, emptioni contractæ ſub lege commiſſoria non ineſt partis pretii vel arrhæ diſpendium; ſi quidem ad id expreſſa conventio deſideratur. Sed frivola forte eſt illatio, & tanto interprete indigna: notum enim eſt ſolere contrahentes interponere ſuper his rebus quæ ſine ulla conventione contractibus inſunt, ut in duplæ ſtipulatione dici ſolet, *l. 31. §. 20. de ædilit. edict.* & de eo qui cum indebitum ſolveret, pactus eſt ut ſibi redderetur, ſi appareret indebitum eſſe, *l. 2. de condict. indeb.* & de eo quoque pacto quod ſolet pignorum dationi adjici, ut quò minoris pignus diſtrahatur, reliquum debitori creditor reddat, *l. quæſitum 9. §. 1. de diſtract. pign.* & de eo qui cum venderet ſub pacto commiſſorio, pactus eſt ut reſoluto contractu emptor fructus medio tempore perceptos reſtitueret in *d. l. 6. §. 1. de contrah. empt.* ſic pariter & pactum adhibitum venditioni contractæ ſub lege commiſſoria, ut reſoluto contractu emptor quod pretii vel arrhæ nomine dediſſet, amittere ſupervacuum eſt, cum huic venditori tacitè incidit in caſum partis pretii ſolutæ, & arrharum diſpendium *d. l. 4. §. 1. d. l. 6. hoc tit.*

5 In cujus diſpendii compenſationem ex humanitate fructus medio tempore perceptos poteſt emptor reſtituere, nec eos cogitur venditor reſtituere, ut ex ſententia Neracii reſpondet Ulpianus in *d. l. 4. §. 1. hoc tit.* ratio humanitatis nititur ſumma æquitate quam exigit emptio & venditio, utpote contractus bonæ fidei quæ non patitur ut fructus omnes rei venditæ venditor lucretur, & pretii partem quæ jam ſoluta eſt retineat, quemadmodum ex contrario ratio bonæ fidei efficit ut emptor qui re empta fruitur, pretii nondum ſoluti uſuras viciſſim præſtet *l. 13. §. veniunt 20. de act. empt. l. evictis 18. §. 1. de uſuris.* Nec obſtat quod damnum amiſſionis partis pretii aut arrharum ex ſua culpa ſentit emptor, qui intra conventum tempus non ſolvendo totum pretium, fidem ſefellit, & per conſequens nec damnum ſentire intelligitur *d. l. 203. de reg. jur.* nam fieri poteſt ut culpa careat emptor qui totum pretium non perſolvit, cum totius pecuniæ numeratio non ſemper ſit in expedito; deinde etſi emptor ex culpa pretium non ſolverit, tamen & dolo facit venditor, ſi cum emptoris jactura & damno locupletari velit contra legem *Nam hoc natura 14. de condict. indeb. l. 208. de reg. jur.* quare emptor qui partem pretii amiſit, poterit doli mali exceptione venditorem fructus petentem ſubmovere: docet Ant. Fab. *in rationali ad d. l. 4. §. 1. hoc tit.* qui tamen ab hac ſententia receſſit *d. dec. 25. err. 5. n. 13.* ubi tenet emptorem indiſtinctè fructus reſtituere teneri, niſi ſpecialis interceſſerit conventio ſuper partis pretii aut arrharum amiſſione: quod facilè refellitur ex ſuperiori *num.* dictis. Dicet tamen aliquis hoc jure poſito maximam poſſe intercedere iniquitatem; nam ſi pars pretii ſoluta, aut arrha eo nomine data excedat ſuprà modum fructuum medio tempore perceptorum æſtimationem, abſurdum certe erit partem pretii aut arrham penes venditorem remanere cum inſigni emptoris diſpendio, quod non poteſt dici compenſari cum æſtimatione longe minori fructuum medio tempore perceptorum quos ipſe poteſt retinere: rursùs ſi è converſo ponamus fructuum medio tempore perceptorum æſtimationem longe excedere partem pretii numeratam, aut arrham, iniquum certe erit & contra bonam fidem emptorem qui fidem adhibitam fefellit, fructus lucrari cum venditoris, qui contractum implevit, præjudicio & detrimento; quod etiam non poteſt compenſari cum longe minori parte pretii, quæ penes eum remanet; ergo prædicta Neracii ſententia potius eſt iniqua quàm humana, & per conſequens ita fuit jus conſtituendum, ut reſoluto contractu partem pretii aut arrham emptor repeteret, & fructus omnes medio tempore perceptos venditori reſtitueret; ſumma enim æquitas, quam bonæ fidei ratio exigit inter contrahentes, jure ita conſtituto ſervaretur. Cui difficultati reſpondeo ipſam rationem bonæ fidei in æquitatem ſeu in æqualitatem inter contrahentes ſuadere; nam æquum eſt emptorem qui fidem adhibitam fefellit, partem pretii, aut arrham perdere, & venditori qui contractum implevit acquiri, & ea ratione indiſtinctè emptorem partem pretii aut arrham amittere, ſive fructus perceperit, ſive non; nec enim hoc diſputandum ſentit propter fructus perceptos, ſed in pœnam violatæ fidei, quemadmodum & is qui pactum de emendo fecerat, ſi poſt modum emere nolit, arrham quam dederat, amittit in pœnam fractæ fidei *dict. princip. inſt. de empt. & vend.* qui tamen nullos fructus percipere potuit, ut notum eſt; itaque fructuum retentio ſolùm ex humanitate competit emptori qui ex ea lucrum ſentit; licet fructuum æſtimatio longe minoris ſit, cum & nullis fructibus perceptis partis pretii, aut arrhæ eſſet paſſurus diſpendium.

Digitized by Google

Si verò æſtimatio fructuum longe excedat partem pretii, aut arrham, fateor equidem ut emptor qui fidem feſellit fructus lucretur eum tam gravi diſpendio venditoris qui contractum implevit. Dicerem igitur ſpecie ita poſita officio judicis contineri, ut eam ſolùm fructuum quantitatem, quæ partem pretii aut arrhæ æſtimationem æquet, penes emptorem remanere jubeat, & reliquam deductis impenſis venditori reſtitui; hoc enim modo utriuſque, emptoris ſcilicet & venditoris, indemnitati conſuletur, aut etiam poſſe venditorem, ſi hoc maluerit, partem pretii aut arrham quam accepit emptori reſtituere, & fructus omnes deductis impenſis repetere; nam damnum amiſſionis partis pretii, aut arrhæ inflictum eſt emptori in gratiam & favorem venditoris, quod ne in ejus damnum retorqueatur contra regulam textus in *l. quod favore 6. C. de legibus*, poterit ipſe remittere argumento textus in *l. 2. & 3. hoc tit.* Eo verò remiſſo ceſſat ratio humanitatis, qua nixus Neracius emptori fructuum retentionem conceſſit, nimirum compenſatio damni illati ex amiſſione partis pretii, aut arrhæ. Itaque quod ſimpliciter ſcripſit Ulpianus ex Neracio in *d. l. 4. §. 1. hoc tit.* emptorem poſſe fructus retinere, quando partem pretii dedit, ita demum intelligendum eſt, ſi ſcilicet fructuum æſtimatio non excedat partem pretii, aliàs enim licebit venditori, cujus gratia pactum commiſſorium adjiciatur, parte pretii reſtituta fructus omnes repetere.

6 Quoties ergo reſoluto contractu poteſt venditor fructus ab emptore repetere, videamus qua actione ad id poſſit experiri? & quidem ingens ſuper hac re olim fuit inter Proculum & Sabinum contentio. Vide quæ dixi ad *tit. de in diem addictione, cap. 3. num. 5.* porro autem Sabini ſententiam exiſtimantis directam ex vendito actionem venditori competere ad fructus repetendos, & ad id petendum quod ſua intereſt fundum emptoris culpa deteriorem factum non eſſe, placuiſſe tandem prudentibus poſt longam fori diſceptationem, imo & confirmatam eam fuiſſe DD. Severi & Antonini conſtitutionibus, Ulpiani teſtimonio conſtat, qui totus Sabinianus, ut cum præceptori ſuo honorem deferret, geſtam rem publicis monumentis mandavit in *d. l. 4. in princip. hoc tit.* quod & docent, licet ejus conſtitutiones non meminiſſent, Ariſto & Neracius in *d. l. 5. hoc tit.* rationem verò qua nixus Sabinus victoriam meruit, Pomponius ejuſdem quoque aſſecla retulit in *d. l. 6. §. 1. de contrah. empt.* ubi docet ideò inempto facto fundo poteſtate legis commiſſoriæ, & ſic reſoluto contractu ex vendito actionem venditori competere, quia in emptis & venditis id potiùs quod actum, quàm quod dictum ſit ſequendum eſt, & in lege commiſſoria hoc apparet dictum eſſe dumtaxat, ne venditor emptori pecunia ad diem non ſoluta obligatus eſſet, non ut omnis obligatio empti & venditi utrinque reſolveretur; quæ ratio ſic explicanda eſt: lex commiſſoria tota adjicitur gratia & favore venditoris, qui non ſibi hujuſmodi pacto legem dicit, ſed emptori argumento textus in *l. Lucius 40. §. 1. de fideicommiſſ. libert.* itaque id ſolum actum in ea intelligitur, ut pretio ad diem non ſoluto venditor ab emptore liberetur, non etiam ut omnis obligatio empti & venditi utrinque ſolvatur, id eſt etiam ex parte emptoris, quin potiùs actum intelligitur ut emptor non liberetur à venditore: itaque propter contrahentium voluntatem actio ex vendito contra emptorem competit venditori reſoluto contractu, docet Ant. Faber *in rationali ad d. l. 6. §. 1.* nec neceſſe eſt textum illum, licet leviter, emendare cum D. Nicolao de Caſtro ad *princip. inſt. de empt. & vend. §. 23. num. 63.* ad præfatam Proculi & Sabini contentionem referendum exiſtimabat Ant. Fab. *de err. dec. 45. err. 8. num. 17.* textus in *l. venditi 6. C. de act. empt.* ubi Diocletianus & Maximus aïunt venditori actionem, ſi non ab initio aliud convenit, non facilè ad reſcindendam venditionem competere, ſed ad pretium exigendum. Fallitur tamen, quia controverſia illa jam pridem ante Diocletianum deciſa fuerat DD. Severi & Antonini conſtitutionibus; & quia contentio illa erat de venditione jam reſoluta, Diocletianus verò de actione quæ ejus reſcindendæ nomine datur, locutus eſt, quam ideo ait difficulter competere, quia venditio ſemel perfecta non poteſt facile reſcindi, niſi ex magna cauſa *l. 54. de contrah. empt. l. 5. l. 7. C. de reſcind. vend.* Magna verò cauſa eſt rebus integris contrarius contrahentium conſenſus. Unde ſicut non potuit facile reſcindi venditio, ita nec facilè concedi venditi actio, quæ relativa venditionis eſt: docet Caſtro ubi nuper *d. num. 63.*

7 Venit ampliùs exponendus effectus alius reſolutionis communis pactis omnibus reſolutionis, & reſciſſionibus venditionis ex aliis cauſis contingentibus, qui extat in *l. voluntate 10. in princip. & §. creditor 1. quib. mod. pign. vel hypothec. ſolvitur*: docet in principio Paulus quod ſi ex voluntate creditoris debitor pignus vendiderit, & poſteà inter eum & emptorem placuerit ut à venditione diſcederent, jus pignoris quod extinctum fuerat per venditionem factam à debitore ex creditoris voluntate *l. 7. cum aliis quibus mod. pign. vel hypoth. ſolv.* Salvum eſt creditori, perinde ac ſi extinctum non fuiſſet; quia reſolutio quæ fluit ex contrario contrahentium conſenſu, efficit ut nulla venditio præciſè videatur, quemadmodum etſi creditor promiſerit debitori alii pignus teſtamento legare, & mortuo debitore legatum repudiaverit legatarius, pignus integrum & ſalvum manet *l. 8. §. 11. quib. mod. pign. vel hypoth. ſolv.* quia repudiatio efficit, ut retrò legatum relictum non fuiſſe videatur, *l. 1. §. 6. ſi quid in fraudem patroni*, quod & alia ratione nititur, qua Paulus utitur in *d. l. 10.* quia ſcilicet non omnimodo creditor pignus remittit, ſed ita demum ſi emptor rem retineat, nec reddat venditori; itaque ſi judicio accepto venditor abſolutus ſit, aut quia non tradebat, in id quod intereſt, condemnandus ſit, ſalvum etiam eſt jus pignoris creditori: addit aliam rationem conſultus, quia, inquit, hæc accidere potuiſſent, etſi non voluntate creditoris vendidiſſet; ſcilicet venditio reſolvi potuiſſet mutuo conſenſu, vel ratione aliqua juris, etiamſi ſine voluntate creditoris facta fuiſſet; cum ergo voluntas creditoris non fecerit, ut hæc acciderent, nihil ei obeſſe debet, quòminùs jus pignoris ſalvum habeat, idemque dicendum eſt, etſi per actionem redhibitoriam reſciſſa venditio fuerit; nam & tunc pignus creditori reſtituitur, & multò magis pignus ſalvum erit, perinde ac ſi nunquam fuiſſet extinctum, contractu reſoluto ex vi legis commiſſoriæ aut pacti addictionis in diem; aliud verò procedit,

eum

cum debitor ex cauſa nova, puta emptionis, dominium rei quam vendidit nanciſcitur; tunc enim pignus non convaleſcit *l. ult. C. de remiſſ. pignoris*, licet tunc ſi pecunia ſoluta non ſit, poſſit creditor hypothecaria experiri, & exceptionem objectam à debitore elidere per doli mali replicationem *d. l.* 8. §. 7. *quib. mod. pign. vel hypoth. ſolv.* docet Cujacius *lib.* 3. *quæſt. Pauli in d. l.* 10. Progreditur conſultus, & in §. 1. *d. l.* 10. ſubjicit eamdem rationem ſervari in creditore ex pacto pignus vendente; nam reſoluto contractu vel mutuo conſenſu, vel pacto commiſſorio, aut addictionis in diem, aut reſciſſo per redhibitoriam actionem, pignus reſtituitur, nec tamen ejus dominium revertitur ad creditorem qui vendidit, cum ab eo per venditionem non receſſerit *l.* 46. *de acquir. rer. domin.* ſed ad debitorem, ex cujus voluntate creditor illud alienaſſe intelligitur, quod generaliter obtinet in omnibus, conceſſum eſt alienam rem vendere. Ita Cujacius ubi nuper.

8 Deinde ſunt alii duo reſolutionis effectus communes utrique pacto, commiſſorio ſcilicet & addictionis in diem, quorum prior eſt, ut ſi qua laudimia ex cauſa venditionis ſoluta fuerint, ea emptori reſtitui debeant, poſt reſolutam ipſo jure venditionem, ut docet Ant. Fab. *in rationali ad l.* 2. *hoc tit.* quod ut intelligatur, ſciendum eſt quod cum emphyteuticarius poſt duos menſes elapſos à die denuntiationis factæ emphyteutæ rem vendit, emptor tenetur laudimium, id eſt, quinquageſimam pretii partem emphyteutæ, qui eum admittere cogitur, pro ſubſcriptione & admiſſione præſtare *l. ult. C. de jure emphyteutico.* Ponamus ergo emphyteuticarium fundum vendidiſſe, ſub pacto commiſſorio, aut addictionis in diem, & emptorem emphyteutæ laudimium præſtitiſſe, moxque vigore pacti contractum fuiſſe reſolutum, profectò emphyteuta laudimium emptori cogitur reſtituere; nam reſolutio in eum ſtatum rem deducit, in quo eſſet ſi nulla venditio facta fuiſſet; quo caſu nullum laudimium deberetur, nec enim laudimium datur ſolùm pro ſubſcriptione & admiſſione in poſſeſſionem, ut falsò contendit Ant. Fab. *de err. dec.* 95. *err.* 7. *cum omnibus ſequentibus*, ſed præcipuè propter alienationis cauſam, quæ nunquam creditur interceſſiſſe reſoluto contractu. Sed tunc ſic ſubtiliter argues: effectus hic reſolutionis laudimii proprius eſt reſolutionis productæ ex vi pacti addictionis in diem, non verò reſolutionis quæ fit legis commiſſoriæ poteſtate. Ergo falsò diximus hunc effectum reſolutionis utrique pacto communem. Antecedens ſic probabis: reſoluto contractu poteſtate pacti commiſſorii, emptor perdit partem pretii, ſi quam ſolvit, ut ex *l.* 4. §. 1. *hoc tit.* dixi ſupra *num.* 3. & 4. Sed laudimium pars eſt pretii, ſcilicet quinquageſima: ergo emptor reſoluto contractu poteſtate legis commiſſoriæ laudimium amittit, utpote partem pretii quam ſolvit, & per conſequens effectus reſtitutionis laudimii non convenit legi commiſſoriæ. Reſpondeo tamen emptorem reſoluto contractu ex lege commiſſoria non amittere laudimium, licet ſit pars pretii, quod damnum amiſſionis partis pretii infligitur emptori in pœnam violatæ fidei, quam adhibuit venditori, emptor verò nullam fidem adhibuit emphyteutæ, cum quo non contraxit, cum ei laudimium præſtitit. Nulla ergo eſt ratio ad hoc ut laudimium amittat reſoluto contractu. Alter effectus ille eſt quem proponit Scævola in *d. l.* 6. §. *idem reſpondit* 1. *hoc tit.* Scilicet quod reſoluto contractu non ſolùm res quæ principaliter fuit vendita, fit inempta; verùm etiam id quod acceſſurum venditioni dictum fuit, fit inemptum; quia cum principalis cauſa non conſiſtit, nec ea quæ acceſſionis locum habent conſiſtunt *l. cum principalis* 178. *de reg. jur.* quomodo enim dici poſſet aliquid accedere venditioni, quæ nec ulla eſt, nec unquam fuiſſe intelligitur? cum tritum ſit, non entis nullas eſſe qualitates *l. pœn. verſ. quod ſi nulla de rebus cred.* docet Ant. Fab. *in rationali ad d. l.* 6. §. 1. *hoc tit.*

Denique ultimus effectus reſolutionis ex utroque pacto contingentis eſt, quod reſoluto contractu dominium rei venditæ ipſo jure recurrit ad venditorem ſine ulla emptionis retrotraditione, ut latè fundavi in *comment. ad tit. de in diem addictione cap.* 3. *ex num.* 41. Verùm hunc effectum non eſſe proprium reſolutionis ex eo probari videtur; nam etſi contractus non reſolvatur, ſed reſcindatur, dominium tamen rei venditæ ipſo jure ſine emptionis retrotraditione ad venditorem redit. Aſſumptum probat elegans textus in *l. fundus* 9. *de reſcind. vend.* ubi fundus Lucii Titii ob vectigal reipublicæ fuit venditus. Mox cum Lucius Titius debitor profeſſus eſſet ſe paratum eſſe vectigal exſolvere ſolidum, quia minoris venditus fuerat fundus quàm debita ſumma eſſet, Præſes provinciæ reſcidit venditionem: cumque reſtituiſſet Lucio Titio, forſan quia per ſordes aut gratiam fundus viliori pretio diſtractus eſt ex regula textus in *l.* 1. & 2. *C. de fide & jure haſta fiſcalis lib.* 10. quærebatur an poſt ſententiam Præſidis fundus emptus eſſet in bonis Lucii Titii, antequàm ei ab emptore reſtituatur? & reſpondet Scævola non priùs fundum in ejus bonis eſſe, quàm emptori pretium eſſet illatum, vel ſi pretium nondum eſſet ab emptore ſolutum, in vectigal ſatisfactum eſſet. Tunc ſic: en ubi reſciſſo contractu ex Præſidis ſententia, & pretio reſtituto, nulla retrotraditione intercedente, dominium rei venditæ ipſo jure recurrit ad Lucium Titium venditorem, qui vendidiſſe intelligitur fundum quem poſtulante fiſco, vel republica, magiſtratus vendi juſſit *l. ſi ob cauſam* 13. *C. de evict. l.* 2. *in fin. C. ſi propter public. penſ.* Ergo quod dominium ipſo jure recurrat ad venditorem, non proprium reſolutionis, ſed commune reſolutioni & reſciſſioni. Cui difficultati duplici modo reſpondeo: primo dico conſultum in *d. l.* 9. non aſſerere dominium fundi venditi ad debitorem poſt Præſidis ſententiam ſine retrotraditione recurrere, ſed reſtituto pretio fundum eſſe in bonis Lucii Titii; multùm verò intereſt, an aliquis dominium habeat, an rem in bonis; nam rem in bonis etiam is habere dicitur, qui licet Dominus non ſit, tamen aut exceptionem ad eam retinendam, aut actionem ad eam recuperandam habet *l. rem in bonis* 52. *de acquir. rer. domin.* Atqui Lucius Titius poſt illatum pretium emptori actionem habet ad eam recuperandam. Ergo reſpondet conſultus ex eo tempore fundum in bonis ejus eſſe: non idem dici poteſt ante illatum pretium; tunc enim emptori competit exceptio ad fundum retinendum, ſi ad ejus reſtitutionem conveniatur, *l. emptor* 56. *de rei vind.* docet Ant. Faber 9

Digitized by Google

in rationali ad d. l. 9. de reſcind. vend. Secundò reſponderi poteſt Scævolam de bonitario dominio diſputare, quod ſolum tranſlatum fuit in emptorem, penes debitorem manente quiritario dominio, & aſſerere dominium bonitarium reverti ad Lucium Titium poſt illatum pretium emptori; ſupponere tamen ejus retrotraditionem interveniſſe: itaque ſemper verum erit reſciſſo contractu dominium non recurrere ad venditorem ipſo jure, redire tamen reſoluto contractu.

10 Diximus in commentario ad *tit. de in diem addictione cap. 3. num. 44. cum ſeq.* tunc demum reſoluto contractu dominium rei venditæ ipſo jure ad venditorem redire, cum pactum reſolutivum fuit per verba directa conceptum: ſi verò per obliqua fuit adjectum, emptoris retrotraditionem neceſſariam eſſe, ut dominium redeat ad venditorem. Quam differentiam impugnat difficillimus textus in *l. ſi cum venderet 13. de pign. act.* ubi inter creditorem pignus vendentem & emptorem convenit, ut ſi ſolverit debitor pecuniam pretii emptori, licet ei recipere rem ſuam; & ait Ulpianus Julianum ſcripſiſſe, & eſſe reſcriptum ob hanc conventionem pignoratitiis actionibus teneri creditorem, ut debitori mandet ex vendito actionem adversùs emptorem, aut etiam abſque hujuſmodi ceſſione ipſum debitorem poſſe rem vindicare, aut in factum actione adversùs emptorem agere. Tum ſic: en ubi pactum conceptum fuit per verba obliqua, ſcilicet recipere, ſeu potiùs nec fuit reſolutivum, nec reſciſſum, ſed de retrovendendo, & tamen ſoluta pecunia dominium ipſo jure recurrit ad debitorem, cum ei ad rem recipiendam competat rei vindicatio, quæ eſt præcipuus effectus dominii *l. 23. de rei vind.* Ergo etſi pactum reſolutivum per verba obliqua fuerit conceptum, dominium rei venditæ ipſo jure redit ad venditorem ſine retrotraditione emptoris. Pro hujus textus expoſitione Interpretum proferam ſententias, Donell. *lib. 6. comment. cap.* 18. docet quod cum creditor ſuperiorem pactionem adjicit, efficit ne dominium aut vindicatio ab eo aliter recedat, quàm ſi pretium non ſolvat. Itaque debitori non acquiritur vindicatio, ſed non adimitur, quod nulla juris regula prohibet. Sed ex eo non tollitur difficultas; nam in hac ſententia fatendum eſt dominium rei venditæ à creditore ſub pacto retrovendendi debitori ad debitorem ipſo jure recurrere, & ei vindicationem competere. Ant. Fab. *in rationali ad d. l. 13. & de err. dec. 22. err. 9. & 10. ult. verſ. d. l. 13.* Treboniani eſſe contendit. Quibus ſententiis rejectis, & alia D. Joſephi de Vela 2. *tom. deſert.* 32. *à num.* 70. & alia D. Ferdinandi Arias de Meſa *lib. 3. var. cap.* 50. D. Olea *deciſ. Jur. t. 4. queſt.* 9. ex *num.* 7. uſque ad *num.* 23. ut explicet textum in *d. l.* 13. & cum conciliet cum lege *ſi creditor 7. in princip. de diſtract. pign.* ubi in eadem fere ſpecie nulla actio debitori competere dicitur ſine ceſſione, aſſerit quod cum extraneus ſuper re alterius paciſcitur aut ſtipulatur, inſpiciendum eſt, qua forma contrahat obligationem; nam ſi in ſui favorem, hoc eſt ſi ſibi paciſcatur, aut ſtipuletur, nulla actio competit ei, ſuper cujus re pactus vel ſtipulatus eſt; ſed ceſſio actionis neceſſaria eſt; ſin autem in favorem alterius pactum aut ſtipulationem concipiat, actio utilis ei quæritur ſine ceſſione: ex quo infert ideo in *d. l.* 13. utilem actionem competere debitori, quia in ejus perſonam & favorem creditor redimendi, ſeu retrovendendi pactum direxerat, in *d.* verò *l.* 7. ideo ceſſione opus eſſe, quia creditor in ſui favorem fuit pactus; quod etiam videtur ſentire Cujacius *lib. 11. ff. Juliani in d. l. 7. de diſtract. pignor.* hanc diſtinctionem probat Olea ex *l. pen. C. ad exhibend.* ubi ex conventione illius qui rem alienam apud aliquem depoſuit, eo pacto ut Domino reſtitueretur, utilis depoſiti actio Domino competit, quia in ejus favorem deponens fuit pactus; aliàs ſi ſibi reddi pactus eſſet, nulla actio Domino ſine ceſſione competeret *l. 1. §. ſi te rogavero 11. l. ſi is apud quem 16. depoſiti.* verùm replicabis; creditor pignus vendere intelligitur tanquam procurator debitoris *l. ſi pignori 29. fam. ercisc.* atqui procurator ex re Domini ſive ſibi, ſive Domino paciſcens, utilem ei actionem quærit *l. quod procurator 68. de procurat.* Ant. Faber *lib. 5. conject. cap.* 4. ergo indiſtincte ex pacto creditoris pignus diſtrahentis, utilis actio ſine ceſſione quæritur debitori. Reſpondet Olea, quod licet creditor impropriè debitoris procurator appelletur, quaſi videatur creditoris mandato vendidiſſe, vere tamen ejus procurator non eſt; quia vendendo pignus, non debitoris, ſed proprium negotium gerit *l. creditor 42. de pign. act.* ideoque ex ejus pacto non indiſtincte actio utilis quæritur debitori ſine ceſſione; ſed ita demum, ſi in debitoris perſonam aut favorem pactum aut ſtipulationem direxerit ut in *d. l.* 13.

Verùm licet hæc doctiſſimi viri interpretatio 11 veriſſima ſit, tamen ſolùm explicat eam partem *d. l.* 13. in qua aſſerit Ulpianus utilem in factum actionem ſine ceſſione debitori competere, ex pacto de retrovendendo adjecto à creditore pignoris venditioni; aliam vero partem qua docet ei rei vindicationem competere, quæque difficultatem ingerit in præſenti, non ſolùm non exponit, verùm nec attingit. Quare exiſtimabam dici poſſe, vindicationem competere debitori, non quidem contra emptorem pignoris, ſed contra creditorem, caſu quo creditor ex pacto à debitore ſoluta pecunia rem venditam accepiſſet; quaſi dicat conſultus: poteſt quidem debitor creditorem pignoratitia actione convenire, ut ſibi cedat ex vendito actionem adversùs pignoris emptorem, ut eum cogat ad rem retrovendendam: verùm & adhuc actione non ceſſa debitori conſulitur, qui vel poterit ſine ceſſione utili in factum actione adversùs emptorem experiri, aut rei vindicationem exercere contra creditorem, ſi forſan is coëgerit emptorem ad rem ſibi retrovendendam, & ab eo retrovenditam acceperit, argumento textus in *l. eleganter 24. §. ſi vendiderit 2. in fin. de pign. act.* quam interpretationem neceſſaria juris ratio expoſcit; nam nemo unquam dixit, ex pacto de retrovendendo rei vindicationem venditori competere. Ergo nec dici poteſt debitorem poſſe rei vindicatione adversùs emptorem pignoris experiri, tametſi creditor pactus ſit, ut liceret debitori ſoluta pecunia rem recipere. Maneat ergo nec ex pacto de retrovendendo, nec ex pacto reſolutivo per obliqua verba concepto dominium ipſo jure ad venditorem recurrere, ſine emptoris retrotraditione, ſed id ſolum contingere ex vi pacti reſolutivi per directa verba concepti, veluti pacti commiſſorii, aut addictionis in diem.

Google

CAPUT III.

De lege commiſſoria in pignoribus.

1 LEgem commiſſoriam olim non ſolùm venditionibus, ſed & pignoribus adjici utiliter potuiſſe, Conſtantini verò Imperatoris conſtitutione, quæ extat in *l. unica c. Theod. de commiſſoria reſcindenda*, & in *l. ult. C. inſt. de pactis pignorum* in pignoribus improbatam eſſe omnes ferè admittunt Doctores : in eo valde diſſident, quonam modo lex commiſſoria in pignore concipiatur, quamque conventionem Conſtantinus improbaret ; & quidem aliqui exiſtimarunt legem commiſſoriam ſic in pignoribus concipi, ut niſi ad certum tempus pecunia credita ſolvatur, creditori pignus acquiratur, tanquam debito pretio emptum. Ita Donellus in *d. l. ult.* Conanus *lib. 4. commen. cap. 8. num. 8.* Covarr. *lib. 3. var. cap. 2. num. 3.* Pinellus in *l. 2. C. de reſcind. 2. part. cap. 1. num. 26.* Merenda *lib. 1. controverſ. cap. 3.* Larrea *deciſ. 16. num. 34.* Fachin *lib. 10. controv. cap. 74.* Maſius *lib. 3. ſing. opin. cap. 4.* Sed hæc ſententia convincitur ex ſequentibus. Primò ex *d. l. fin. C. de pactis pign.* in illis verbis : *Creditores re amiſſa jubemus recipere, quod dederunt.* In quibus ſupponitur jam pignoris dominium quæſitum eſſe creditori, ſiquidem rem tantùm is dicitur amittere, qui ejus dominium habuit, *l. non videtur 83. de reg. jur.* ergo lex commiſſoria non adjicitur pignori conventionali, cujus dominium penes debitorem manet. Deinde nam ſi eo modo lex commiſſoria conciperetur in pignoribus, ſupervacua eſſet Conſtantini conſtitutio, nam etiam Digeſtorum jure illa conventio, ut non ſoluta intra diem pecunia pignus acquireretur creditori, inutilis erat, expreſſus textus in *l. ſi fundus 16. §. ult. de pign.* atqui Conſtantinus novum jus induxit, ut liquet ex verbis textus in *d. l. ult.* ibi : *placet infirmari*, & ibi : *hac authoritate.* Ergo lex commiſſoria in pignoribus non eo modo concipitur. Ampliùs prædicta ſententia refellitur ex eo : nam formula legis commiſſoriæ in emptionibus primùm uſurpata, ad cauſam pignoris fuit tranſlata, & conſequenter non diſſimilem verborum conceptionem habuit. Atqui in emptione & venditione ſic concipitur lex commiſſoria, ut ſi ad dictam diem pretium non ſolvetur, res ſit inempta. Ergo in pignore non ita concipitur, ut ſi ad diem pecunia non ſolvetur, res obligata ſit empta ; alioqui non ſolùm diſſimilem, ſed & contrariam verborum conceptionem in venditionibus & pignoribus haberet ; docet Ant. Faber *de err. dec. 21. err. 2.*

2 Sed antequàm ad alias ſententias deveniamus, penitùs explicandus eſt textus in *d. l. 16. §. ult. de pign.* docet in eo Marcianus pactum hoc pignori ſeu hypothecæ adjectum, ut ſi intra certum tempus non ſit ſoluta pecunia, jure emptoris poſſideat rem juſto pretio æſtimandum, utile eſſe. Itaque non obſcure innuit jam olim ita jus fuiſſe, ut non valeret ea pactio, qua pignus in caſum pecuniæ ſua die non ſolutæ creditori pro ipſius debiti quantitate emptum intelligeretur ; alioqui quid attinebat de ea conventione tractare, quæ & juſti pretii mentionem adderet, & illam juſti pretii definitionem in id tempus conferret, quo ſolvi pecunia debuiſſet ? Cujus juris ratio eſt, quia fieri non poteſt, ut in eumdem caſum, idemque tempus, & pignus contractum, & venditio pignoris facta videatur, cum ſint contractus iſti incompatibiles, ut probant, ſi inter ſe conferantur, textus *l. 35. §. 1. de pign. act. & in l. 11. §. 1. de act. empt.* atqui ſi conventio prædicta ſubſiſteret, ſimul eodemque tempore rei pignus, & venditio daretur. Ergo meritò jam olim fuit improbata. Nec hanc rationem diluet qui dixerit in diverſum caſum & tempus, pignus & emptionem differre ; nam pignus durat uſquedum dies ſolvendæ pecuniæ advenerit, & ex tunc venditio incipit, cum ſit conditionalis, & ut talis ante conditionis eventum non perficiatur *l. 7. de contrah. empt.* nam contractus adhuc conditionalis ex præſenti tempore vires accipit *l. ſi filius-familias 78. de verb. obl. l. ult. de ſtipul. ſerv.* & exiſtente conditione perinde habetur, ac ſi ſine ea pure geſtus fuiſſet *l. 8. verſ. quod ſi pendente de peric. & commod. rei vend. l. potior 11. §. 1. qui potior in pign. hab.* Ergo ſemper apparet prædictam conventionem eò tendere, ut uno eodemque tempore ejuſdem rei pignus & venditio contrahatur, quod maximum eſſet abſurdum : in ſpecie verò textus in *d. l. 16. §. ult.* ideo utilis eſt illa conventio, nam cum pretii conventio in tempus non ſolutæ ſua die pecuniæ collata eſt, nulla prorſus emptio facta intelligi poteſt, nequidem ſub conditione, venditio tota ex pretii conventione æſtimatur, quod & denotat articulus ille *tunc* pacto adjectus, qui cum temporis extremitatem ſignificet *l. 4. de condit. & dem.* evincit non ante emptionem contrahi. Quapropter Marcianus non abſolute ſcripſit venditionem illam eſſe conditionalem, ſed improprie eſſe quodam modo conditionalem ; docet Ant. Faber in *dec. 21. err. 2. 4. & 7.*

Huic doctrinæ opponi ſolet textus in *l. Titius* 3
34. de pign. act. ubi pactio illa adjecta pignoris contractui, ut fundum obligatum certo pretio emptum creditor haberet, utilis eſt & efficax. Pro cujus ſolutione ſciendum eſt nonnullos interpretes aſſeruiſſe, prædictam conventionem ideo valuiſſe *in d. l. 34.* quia adjecta fuit ex intervallo ; in *d. verò l. 16. §. ult.* inutilem fuiſſe, quia fuit in continenti adjecta. Ita docuerunt Barthol. & Baldus Neguſantius, & alii quos refert & ſequitur Mantica *de tacit. conventionibus lib. 11. tit. 10. num. 2.* Sed falluntur, nam eam conventionem inutilem eſſe, ſive in continenti, ſive ex intervallo pignori adhibeatur, evincit juris ratio *ſuperiori numero* fundata. Quare dicendum eſt Marcellum in *d. l. 34.* loqui de venditione facta pure, cum jam in ſolvendo moram debitor contraxerat, ut patet ex ipſo textu, quæ ſpecies longe differt ab ea de qua diſputamus ; nemo enim negavit unquam valere conventionem, ſi pro debito pure vendatur res quæ antea tantùm erat *l. reſcriptum 12. de diſtract. pignor. l. in numerationibus 44. de ſolut. l. 13. C. de pignor.* Nos verò illud negamus, valere ſcilicet conventionem quantumvis ex intervallo factam, qua id agitur, ut in eum caſum, quo pecunia ſuo die ſoluta non erit, pignus certo pretio jam tunc convento emptum ſit creditori. Eadem doctrina intelligendus eſt textus in *l. 45. de ſolut.* ubi maritus promiſit uxori dirempto ma-

Digitized by Google

trimonio prædia, quæ doti erant obligata, in ſolutum dare, & tenet ſtipulatio, à qua tamen ſe poteſt maritus liberare, ſi offerat dotis quantitatem, quia hujuſmodi promiſſio, de in ſolutum dando, in ſe habet tacitam conditionem neceſſariam & inſeparabilem, ſi debitum manebit; quæ conditio deficit, oblata quandocumque ea pecuniæ quantitate quæ debetur, docent & tradunt Balduinus *de pign. cap.* 17. Pinellus in *rubric. C. de reſcind. vend.* 2. *part. cap.* 1. *num.* 29. Ant. Faber *d. decade* 21. *err.* 2. *num.* 14. & 15.

4 Opponitur etiam textus in *l. ult. in princip. de contrah. empt.* ubi Titius cum mutuos acciperet centum aureos ſub uſuris, dedit pignori ſeu hypothecæ prædia, & fidejuſſorem Lucium, cui promiſit intra triennium proximum ſe eum liberaturum; quod ſi id non fecerit die ſupra ſcripta, & ſolveret debitum fidejuſſor creditori, juſſit prædia empta eſſe quæ creditoribus obligaverat; cum Titius fidejuſſorem Lucium non liberaſſet, & fidejuſſor creditori ſolviſſet, quærebatur an empta haberet ſupraſcripta prædia? & reſpondet Scævola utiliter contractam eſſe obligationem, & ſub conditione emptionem factam eſſe. Ergo falsò diximus conventionem illam, ut non ſoluta pecunia ſua die pignus creditori ſit emptum, inutilem eſſe. Pro cujus textus expoſitione ſciendum eſt aliquos interpretes aſſeruiſſe prædictam conventionem ideo valuiſſe, quia in favorem tertii, ſcilicet fidejuſſoris. fuit facta. Verùm ex ipſis textus verbis error hic refellitur, & vera ſolutio deſumitur. Ait enim conſultus, *ſi non ut in cauſam obligationis, ſed ut empta haberet, ſub conditione emptio facta eſt*, quibus verbis fatetur, ſi inter fidejuſſorem & debitorem id actum proponeretur, ut ob non ſolutam creditori pecuniam fidejuſſor pignora haberet in cauſam obligationis, id eſt pignoris, nullius momenti futuram eſſe conventionem, nec ex ea nullam contractam iri obligationem, quia eo caſu interveniret pactio illa implicans contradictionem, quæ & pignoris & emptionis ſimul obligationem induceret: & ideo utilem eſſe illam conventionem reſponder, quia prædia obligata fuerunt creditori, non fidejuſſori, venditio verò conditionalis contracta fuit cum fidejuſſore, non cum creditore, quemadmodum & utilis eſſet conventio, ſi convenerit inter debitorem & creditorem, ut ſi pecunia debita creditori ſua die non ſolveretur, habeat creditor emptoris jure fundum, dummodo fundus non fuerit creditori obligatus: ſic hunc textum explicat Anton. Faber *de err. d. dec.* 21. *err.* 5. nec ex eo ſupra dicta pactio debet irritari, quod fidejuſſor pignora emere à creditore prohibeatur *l. ſi mandatu* 59. §. 1. *mandat. l.* 1. *C. de dolo*, cum in præſenti non à creditore, ſed à debitore emerit, quod non eſt contra bonam fidem, quia volenti debitori nulla intelligitur injuria fieri: docet Faber *in rationali d. l. ult. de contrah. empt.*

5 Ut ergo jam ad noſtrum tractatum redeamus, Salmaſius *de modo uſurarum cap.* 14. legem commiſſoriam in pignoribus aliter accipit, & contendit legem commiſſoriam pignorum fuiſſe cautionem, vel pactionem, qua debitor creditori cavebat, ut ſi pecuniam ſtatuta die non ſolviſſet, pignus committeretur, id eſt poſſeſſione & dominio hypothecæ cederet, non ut pleno jure pignus acquireretur creditori, & jus dominii ipſe in eo haberet, ſed ut pleno jure ſine ulla diminutione illud proſcribere & diſtrahere poſſet. Docet itaque per legem commiſſoriam pignoris dominium ex titulo venditionis aut dationis in ſolutum in creditorem non tranſiiſſe, ſed tantùm jus vendendi & diſtrahendi illud, quod probat ex *l.* 1. *C. de pactis pign.* Qua doctrina ſuppoſita exiſtimat Conſtantinum in *d. l. ult. C. eod. tit.* non agere de lege commiſſoria in pignoribus adjecta, ſed in venditione, & id probat ex eo quod in ipſa conſtitutione quæ extat in *C. Theod.* deeſt vox *pignorum*, imo in eo Codice illa compilatur poſt *tit. de contrah. empt.* Verùm & hæc Salmaſii ſententia convincitur, primò quia abſque lege commiſſoria, prout eam concipit Salmaſius, poſſeſſio pignoris transfertur in creditorem per ejus conſtitutionem & traditionem; igitur non erat neceſſaria ea conventio, ut non ſoluta pecunia ſtatuto tempore eam debitor amitteret. Secundò, nam ceſſante debitore in ſolutione, jure communi poſt trinam denuntiationem licet creditori pignus vendere *l. ſi convenit* 4. *de pign. act. cum vulgatis.* Igitur ad quid erat neceſſaria tam accurata conventio, ut poſt moram debitoris liceret creditori pignus vendere? Nec etiam verum eſt Conſtantinum non agere de lege commiſſoria in pignoribus, cùm potiùs certiſſimum ſit eum tantum legem commiſſoriam in pignoribus improbaſſe, non etiam in venditionibus, ut ex infra dicendis apparebit.

6 Tandem plures alii docti viri, quibus ſubſcribo libenter, legem commiſſoriam in pignoribus referunt ad fiduciam, non ad pignus, & Imperatorem Conſtantinum in *d. l. fin.* referunt tantùm ad fiduciariam conventionem, & ſimilem fiduciæ legem; ita docuerunt Faber *d. dec.* 21. *err.* 1. Schiphordeg. *lib.* 3. *tr.* 13. *q.* 2. Cujacius ad *tit. C. de pactis pign.* Leotard. *de uſuris queſt.* 69. Jacob Gothofr. in *d. l. unic. C. Theod. de commiſſoria reſcindenda.* D. Nicolaus de Caſtro ad *princip. inſt. de empt. & vend. n.* 3. D. Retes *lib. opuſcul. cap.* 21. D. Gonz. ad textum in *cap. ſignificanti de pignor.* ex *num.* 7. quorum ſententia, ut faciliùs percipiatur, ſciendum eſt olim pignus dupliciter contrahi, vel ſimpliciter, vel ſub fiducia: ſimpliciter pignus conſtituebatur, cum pro ſecuritate pecuniæ debitæ res aliqua pignori tradebatur, cujus poſſeſſio ad creditorem tranſibat, dominio penes debitorem remanente? ſub fiducia pignus contrahebatur, cum quis pro certa pecunia rem ſuam mancipabat creditori, vel in jure cedebat ea lege, ut ſoluta intra certum tempus pecunia, ei res remanciparetur, ejus fiduciæ mentio eſt apud Paulum *lib.* 2. *ſent. tit.* 3. *& aliis in locis. & in l.* 9. §. *fin. de ſuppellect. leg. l.* 9. *C. Theodoſ. de infirmandis his quæ ſub Tyranno.* Fiducia ergo nihil aliud erat quam pignus aut hypotheca adjecta mancipatione, aut in jure ceſſione; differt tamen à pignore, quia pignoris dominium non transfertur ad creditorem, fiduciæ verò dominium transfertur, notavit D. Iſidorus *lib.* 5. *ethimologiarum cap.* 21. dicebatur autem contractus hic fiducia, quia ſub ea fiducia res mancipabatur, ut ſoluto pretio ſtatuto; iterùm res debitori manciparetur, quemadmodum & ille cui pater filium fiducia contracta mancipabat, fiduciarius dicebatur *l.* 2. §. *objicitur* 15. *ad Tertylian.* & ille cujus fidei committitur ut reſtituat hæreditatem, dicitur hæres fiduciarius *l. Sejus*

46.

46. ad Trebell. his ſuppoſitis docent laudati authores legem commiſſoriam in pignoribus ſic concipi nimirum cum fiducia ea lege contrahitur, ita ut ſtatuto die Debitore ſolvente pecuniam teneatur creditor iterum remancipare; Eo autem in ſolutione ceſſante amplius luitio non detur ſed res perfecte & irrevocabiliter penes Creditorem remaneat, hancque conventionem contendunt olim valuiſſe à Conſtantino 5. fuiſſe reprobatam. Nunc videamus quâ ratione lex hæc commiſſoria olim utiliter pignoribus fuerit adjecta, & quæ ratio Conſtantinum impulerit ad eam ſua nova Conſtitutione improbandam Et quidem olim ideo lex hæc commiſſoria fuit recepta, quia in eâ ſolum agebatur de Dominio quod per mancipationem fuerat in Creditorem tranſlatum, debitori per remancipationem reſtituendo in caſu ſolutæ pecuniæ, aut de pignore committendo in caſum contrarium pecuniæ non ſolutæ ſuâ die; Itaque hæc pactio juris principiis erat conformis, quia mancipatio legitimus eſt modus transferendi Dominii. Improbationis vero hujus legis & novæ Conſtantini Conſtitutionis eam rationem reddit Hotthomanus de verbis juris verbo lex commiſſoria, ne ſcilicet acquiſitio dominii rei pigıoratæ quæ Principis authoritate fieri debet ex lege C. de Jur. dominii impetrando privatorum pactionibus permittatur, ſed miſere labitur, nam cum proprium ſit mancipationis, & ceſſionis in jure dominium transferre, tunc non ex privatorum voluntate tantum, ſed ex ſolemni actu dominium quæritur, ac per conſequens ſuperflua eſt.

Digitized by Google

DON JOANNIS PUGÆ ET FEIJOO

JURISCONSULTI,

ET PRIMARII ANTECESSORIS SALMANTICENSIS,

TRACTATUS ACADEMICUS V.

De Pignore rei alienæ, ſivè ad Titulos Cod. Si aliena res pignori data ſit.

CAPUT PRIMUM.

De inutilitate rei alienæ pignoris.

1 EX vaſto de pignoribus tractatu partem illam quæ ad rei alienæ pignus ſpectat, ideo illuſtrandam ſelegi, quia cæteras ſubtilitate vincit, & utilitate præcellit; verum priuſquam rem ipſam aggrediar, ut dicenda clarius percipiantur, notandum duxi, civilem, nominatumque contractum pignoris re contrahi *Leg.* 1. *§. creditor 6. de oblig. & act. titulo inſtit. quib. mod. re contrahi obl.* & ex eo duplicem pignoratitiam actionem oriri, directam unam, & contrariam alteram, actio pignoratitia directa competit poſt ſolutionem aut ſatisfactionem adversùs creditorem ad pignoris reſtitutionem, contraria vero competit creditori adverſus debitorem pro impenſis in re pignorata factis, quo pertinet integer titulus de pignoratitia actione; prætet quas duas perſonales actiones competit etiam creditori ad pignoris perſecutionem rei vindicatio civilis contra tertios poſſeſſores *Leg.* 16. *§. in vindicat.* 21. *Leg.* 17. *ff. de pign. Leg.* 18. *cod. eod.* quia rei vindicatio civilis non ſolum competit reſpectu proprietatis, ſed etiam ratione poſſeſſionis *leg.* 2. *cod. & unus ex pluribus hered. cred. &c.* poſſeſſio vero rei pignoratæ reſidet penes creditorem *leg.* 35. *§.* 1. *de pign. action. leg. qui* 36. *cum ſeq. de acquir. poſſ.* fundat Valent. to. *tract.* 4. *cap.* 1. *per tot.* hæc obtinent in pignore tradito, cæterum & abſque traditione nuda ſolum conventio intereeſſerit, ut res aliqua ſit creditori pignoris nomine obligata, jure civili nulla contrahitur obligatio, quia nudum pactum nudam producit obligationem. *leg.* 7. *§.* 4. *verſ. igitur nuda de pactis* jure tamen prætorio utilitatis causâ nuda pignoris conventio, quæ hipotheca dicitur, confirmatur *leg. ſi.* 17. *§.* 2. *de pact.* juxta quam doctrinam intelligendi ſunt textus *in leg.* 1. *in prin. & §.* 1. *leg.* 9. *§. propria* 2. *de pignor. act. leg.* 4. *de pign.* & plures in quibus nuda conventione hypothecam contrahi dicitur non ſcilicet jure civili, ſed ex æquitate Prætoris qui in eo utrique conſuluit debitori, ſcilicet, & creditori; debitori, ne cogeretur rei pignoratæ carere poſſeſſione uſque dum debitum ſolveret; creditori dum ei eandem ſecuritatem præſtat quam haberet, ſi pignus traditum fuiſſet, ei namque prætor ex ſua juriſdictione actionem Servianam, aut hypothecariam concedit non ſolum adversùs debitorem, ſed & contra tertios poſſeſſores ad avocandam poſſeſſionem *leg. ſi cum 66. de evictionibus diem leg.* 18. *Cod. de pign. §.* 7. *Inſt. de act.* docent Cujac. 28. *quæſt. Papin. in dict. leg.* 66. *&* Duaren. *ad tit. de pignorat. act. cap.* 1.

Unde ſivè pignus tradatur, ſivè nuda conventione hypotheca conſtituatur, ampliorem ſecuritatem creditor nanciſcitur, quam habebat per perſonalem actionem ad ſuum creditorem perſequendum, cum plus cautionis ſit in re quam in perſona *leg. plus 25. de reg. jur.* quâ ratione creditor in accipiendo pignore nihil, aut parum curat de obligatione perſonali debitoris, quæ datur in contractu pignoris, quia ſuperflua eſſet pleriſque, & ſine uſu hæc obligatio, cum jam habeat obligatum debitorem ex antecedenti obligatione, cujus acceſſorium eſt pignus ſed potius agit de acquirendo jure reali in re pignorata in majorem cautionem, & debiti ſecuritatem, ex quo fluit rei prorſus alienæ pignus nullum eſſe, ut probat *L. debitor* a. *l.* 20. *& 41. de pignor. act. l.* 1. *in prin. l.* 3. *&* 2

quæ 15. §. 1. l. 22. l. lex 31. de pign. l. 4. §. ſed & 3. de in diem add. l. antè 23. de probationib. l. 3. quib. mod. pign. ſolv. l. qui 6. Cod. quæ res pign. l. 2. & 6. hoc noſt. tit. cujus rei ratio provenit ex eo, quia in pignoris datione illud agitur, ut res obligetur creditori, acquiriturque ei jus in re pignorata, cujus ratione eam poſſit à quocumque poſſeſſore vindicare *dict. leg. 16. §. in vindicatione dict. leg. 66. de evict.* atqui jus vindicandi rem à tertio poſſeſſ. proprium eſt dominij *leg. in rem 23. de rei vindic.* aut ejus juris, quod ſe habet ad inſtar dominii *tot. tit. de publ. in rem act.* ergò qui dominium non habet aut aliquod jus poſſit à tertio poſſeſſore avocare, non poterit illud jus transferre in creditorem ex *vulg. reg. textus in leg. nemo 54. de reg. jur.* & per conſequens, nec poteſt rem nexu pignoris obligare, ex quo infero quod non præcisè requiritur ad conſiſtentiam pignoris debitorem dominum eſſe rei pignoratæ, ſed ſufficit aliquod jus in ea habere, ſeu ſufficit eam in bonis habere, ut loquitur textus *in dicta leg. 3. leg. ſed & 9. in prin. dicta leg. 5. & 6. Cod. hoc noſtro. tit. cum ſimilib.* rem autem in bonis habere intelligitur, non ſolum qui dominus eſt, ſed & qui poſſidens exceptionem, aut amittens ad recuperandam eam, actionem habet *leg. rem 52. de acq. rer. leg. bonor. 49. verſ. in bonis de verb. ſignif.*

3 Quapropter ſi debitor juſto titulo, & bonâ fide rem alienam poſſideat, & eam pignori dederit, rectè pignus conſtituit, quia ea res in bonis debitoris eſt, *dict. leg. 49. verſ. in bonis de verb. ſign.* cum habeat publicianam actionem adversùs quemcumque poſſeſſorem, & conſtat ex *toto titul. de publiciana in rem §. namque 4. inſt. de act.* extra dominum rei *leg. penultima, & ultima de public.* & quemadmodum prætor tuetur debitorem per publicianam, ita etiam tuetur creditorem per ſervianam aut quaſi ſervianam, expreſſi textus *in leg. ſi rem 29. de pign. act. leg. 18. leg. ſi iter 21. §. ſi debitor 1. de pign.* Similiter etiam intelligitur textus *in leg. 1. §. 5. de migrando.* juxta quam doctrinam intelligendus eſt textus difficilis *in leg. ſi non dominus 14. qui potior in pignore.* ubi docet Paulus quod ſi non dominus eandem rem in diverſis temporibus pignoraverit, prior potior eſt, ſed & à duobus non dominis eadem res diverſis temporibus pignorata fuerit, poſſeſſor præferendus eſt, in qua deciſione dum Conſultus rem alienam utiliter pignori obligatam fuiſſe ſupponit, ponendum eſt debitorem bona fide, & juſto titulo, rem pignoratam poſſediſſe juxta aliam ejuſdem Conſulti deciſionem *in dict. leg.* 18. Docet ex aliis D. Nicolaus *de Caſtro ad princ. inſtit. de emptione, & vend. §. 18. num.* 34. qui ibidem conſulendus erit circa alias difficultates quæ oriuntur *ex dict. leg.* 14. quaſque ideo non explico, quia non onerant præſentem inſpectionem; videndi etiam ſunt ad eandem Cuj. 7. *ff. Jul. in leg. ſive autem §. ſi duobus 4. de public.* Faber. *de error. dec. 34. error.* 10. *& dec. 86. error. 9. &* Balduin. *de pign. cap* 19.

4 Hinc tamen opponitur elegans, & ad rem parum notus Textus *in leg. ſed & ſi 25. §. ſi tamen 14. de petit. hered.* ubi ſi bonæ fidei poſſeſſor hæreditatis rem aliquam hæreditariam pignori dederit, non ideo videtur attigiſſe alienam hæreditatem, cum ipſe ſit obligatus; ex qua Ulpiani deciſione ſic graviter argui poteſt. En ubi bonæ fidei poſſeſſor rem alienam pignori dedit, & tamen ex ejus pignoris datione ſolum naſcitur actio perſonalis, non vero transfertur in creditorem jus aliquod in re pignorata, cujus ratione eam poſſe à tertio poſſeſſore vindicare, ut conſtat, tum ex eo, quod Conſultus ſcribit, non videri hæreditatem attigiſſe bonæ fidei poſſeſſorem, qui rem hæreditariam pignori dedit, tum etiam ex ratione, quam ſubjicit, ſcilicet, quia ipſe ſolus obligatur, quaſi diceret, ſolum perſona bonæ fidei poſſeſſoris obligatur, res vero hæreditaria pignoris nexu non tenetur, ergo falſè diximus bonæ fidei poſſeſſorem utiliter rem alienam pignori dare, & non ſolum ipſum obligari, ſed jus in re pignorata in creditorem transferre; cui difficultati reſpondeo Conſultum *in dict. §.* 14. ut conſtat ex §. 6. *antecedentibus*, ſolum quærere, an bonæ fidei poſſeſſor eum contemplatione hæreditatis mutuam pecuniam acciperet, eo nomine rem hæreditariam obligavit pignori, hoc ipſo attigiſſe videatur hæreditatem, & reſpondere, ex eo non videri attigiſſe hæreditatem, id eſt non videri aliquid ex hæreditate conſumpſiſſe, aut diminuiſſe, ac per conſequens eam rem ſimul cum hæreditate integra reſtituere teneri, quia licet bonæ fidei poſſeſſor non teneatur earum rerum nomine quas conſumpſit, aut dilapidavit *dict. leg. 25. §.* 11. tamen in præſenti rem hæreditariam non conſumpſit, cum ſit ipſe obligatus. ſcilicet ad ſolutionem pecuniæ quam mutuam accepit, nec pignus conſiſtere poſſit in præjudicium veri hæredis; nam jus creditoris dimetiendum eſt à jure debitoris *dict. leg. 18. §. 1. de pignor.* quod in præſenti nulla exceptione ſe tueri poteſt adversùs verum hæredem, tenebitur tamen procul dubio bonæ fidei poſſeſſor de dolo vero hæredi caveri propter periculum pignoris *ex regula leg. 18. de rei vindicat.* junctis quæ pro ejus explicatione dicam *infra num. 38. cum ſequentibus*,

Ex ſupra traditis infertur quod plenæ pro- 5
prietatis dominus non ſolum rem ſed ejus uſumfructum ſolet pignori obligare *leg. 11. §. 2. leg. 15. de pign.* quia licet plenæ proprietatis dominus non habeat rei ſuæ uſumfructum in ratione uſusfructus *leg. uti 5. ſi uſusfruc. pet.* habet tamen uſumfructum in ratione commoditatis, & tunc ſolum commoditatis ſeu uſusfructus perceptionem oppignorare intelligitur, dum pignori obligat uſumfructum; etenim oppignoratione uſusfructus facta à plenæ proprietatis domino non poteſt intelligi uſusfructus à proprietate ſeparatus. Nec obſtat *l. 15. de pignor.* Junct. Galbano *de uſufruct. cap.* 39. nam quod ibi Conſultus ſcribit, ſcilicet proprietarium qui ſolum uſumfructum pignori obligat, rem futuram obligare, accipiendum eſt de nudæ proprietatis domino, qui poteſt uſumfructum futurum id eſt qui ſuo tempore reverſus ſit ad proprietatem pignori obligare tanquam rem futuram *argum. textus, in leg. ſi dominus 72. de uſufru.* ſeu in ratione ſervitutis ſit conſtitutus, licet alius per venditionem, donationem aut alium titulum poſſit plenæ proprietatis dominus uſumfructum conſtituere in ratione ſervitutis *leg. 65. de uſufr. §. 1. inſt. eod.* quia non ſicut venditionis, ſic & pignoris habilis eſt titulus ad hoc ut aliquid ex proprietate transferre in creditorem, cum rei pigno-

ratæ plena proprietas remaneat penes debitorem ſola poſſeſſione in creditorem tranſlata *leg.* 35. §. 1. *de pignor. act. leg.* 9. *Cod. eod.* docuerunt Cuj. 41. *reſpons. Papin. in dict. leg.* 11. §. 2. *de pignor.* Faber. *in rat. poſt. ad eund. text.* pariter, & uſusfructuarius poteſt uſumfructum pignori obligare *leg.* 11. §. 2. *de pignor.* quia licet uſusfructuarius non ſit dominus rei in quâ habet uſumfructum. *leg. rectè* 25. *de verb. ſign.* habet tamen jus in re, cujus ratione ei competit vindicatio rei, ſeu actio confeſſoria de quâ *in leg.* 1. *& per tot. ſi uſusfr. pet.* §. 2. *inſt. de act.* itaque ſi adverſus creditorem proprietarius, aut uſusfructuarius egerit, eum prætor tuetur per exceptionem, quemadmodum ejuſdem exceptionis auxilio tuetur emptorem uſusfructus ut docet Conſultus *in dict. leg.* 11. §. 2. *de pignor.*

6 Nec tunc obſtat textus *in leg.* 6. *Cod. de uſufr.* Ubi Alexander Imperator docet uſumfructuarium rem pignori dare non poſſe, nam reſpondeo Imperatorem, ut liquet ex ipſo textu non aſſerere uſumfructuarium non poſſe rem cujus habet uſumfructum pignori obligare, ſed ſolum non poſſe proprietatem pignorare, quia licet habeat jus in re, tamen nec eſt dominus proprietatis in qua habet uſumfructum *dict. leg.* 25. *de verb. ſign.* Cujac. 11. *reſponſ. Pap. in dict. leg.* 11. §. 2. *de pigno.* Caſtro *prælect.* 2. *ad leg.* 2. *de fund. dot. num.* 29. *cum duob. ſequent.* qui conſulendus erit circa plures alias difficultates quas claudit *dict. l.* 6. *Cod. de uſufr.* quæ doctrina ex eo confirmatur, namque ex eadem ratione creditor, cui pignori datus eſt uſusfructus, ſolum uſumfructum pignori poteſt dare *leg. verbis* 2. *de uſufr.* non ſolum quia non poteſt deteriorem reddere conditionem fructuarij, *leg. ſed ſi* 15. §. *proprietatis* 6. *de uſufruct.* ſed etiam quia licet dominus non ſit proprietatis, tamen habet jus utendi fruendi, ergo pariter qui ſolum uſumfructum habet, licet eum poſſit pignorare, non tamen pignori poterit proprietatem obligare, quia licet habet jus utendi fruendi non tamen eſt dominus proprietatis.

7 Differt tamen uſus ab uſufructu, quia licet uſusfructuarius, ut jam diximus, poteſt uſumfructum pignorare, tamen uſuarius non poteſt pignori obligare, ratio differentiæ ea eſt; ideò uſusfructuarius poteſt uſumfructum pignorare, quia fructus rei eſt pignori dare licere *leg. ult. de uſur. leg. fructus* 72. *de reg. jur.* & quia eum uſusfructus omne rei commodum, & emolumentum contineat *L.* 66. §. *fundo.* 6. *l.* 76. §. 2. *de leg.* 2. Poteſt uſusfructuarius jus reale percipiendi fructus in alium transferre *Leg. arboribus* 12. §. 2. *leg* 61. *de uſufr.* & per conſequens poteſt eum pignori obligare, ad hoc ut creditor interim, dum non ſolvitur pecunia, utatur vel fruatur *dict. leg.* 11. §. 2. *de pignor.* Cæterum uſuarius non ſolùm jus perſonale, ſed nec reale poteſt in alium transferre *Leg. in eo.* 11. *de uſu, & hab.* §. *minus autem inſt. eodem*, notant ibi communiter Interpretes, quia in uſu ſpectatur perſona uſuarii, ut pro conditione & dignitate ſuâ utatur, quod fieri non poteſt ſi ad alium jus reale transfertur, & proinde non poteſt uſum obligare. Rurſus inutile eſſet pignus quia vendi non poſſet *L.* 4. *de pign. act. leg.* 11. *Cod. de diſtract. pignor.* atque licet uſusfructus pignori detur, poteſt diſtrahi à creditore, tamen uſus diſtrahi non poteſt, *leg.* 11. *de uſu & hab.* nil igitur mirum quod licet uſusfructuarius poſſit pignori obligari, tamen uſus oppignorationem non recipiat. Docet Faber. *in rat. poſth. dict. leg.* 11. §. 2. *de pignor. &* 19. *conjectur. cap.* 8. *verſ. ſernam de jure, & act. n.* 28.

8 Sequitur ut videamus an jura prædiorum, ſeu ſervitutes prædiales poſſint pignori obligari, & quidem ut certa ab incertis ſeparem, & prædium pignori datum ſit, aut ſervitus debeatur, competit creditori utilis vindicatio ſervitutis, ſicut & ipſius prædii *leg. ei, qui* 16. *de ſervit. leg. creditor.* 9. *de nov. oper. junct. leg. un.* §. *fin. de remiſſionib.* quia ſervitus prædialis prædio inhæret, & illud ſequitur quocumque vadat *leg. via* 33. §. *ſi* 2. *de ſerv. ruſt. præd. leg.* 12. *commun. præd. leg. ſeja* 47. *de contrahend. empt.* quo caſu non ſervitus pignori obligari dicitur, ſed prædium, quod præcisè ſuæ qualitates ſequuntur, ſicut & jure veteri per conſequentiam ſervitus uſucapiebatur, cui id prædium uſucaptum eſſet cui ſervitus debebatur *leg.* 10. §. 1. *de uſuc.* certum enim eſt, quia ſervitus prædialis non conſtitura non poteſt ſine prædio dominanti pignori obligari, nam uſque adeo eſt jus prædii dominantis ut nec aliud quidquam eſſe videatur, quam prædium ipſum qualitate illa affectum *leg. quid* 86. *de verb. ſignif.* & nec à prædio cui inhæret poſſit ſeparari, accedit & alia ratio, nam nullius momenti eſt pignus, quod diſtrahi non poteſt, ut nuper dixi, ſervitus verò non poteſt ſine prædio diſtrahi *dict. leg.* 33. §. 1. *de ſerv. ruſt.* quia domino prædii dominantis non licet ſervitutem alii prædio cedere, & ſic reddere conditionem deteriorem prædii ſervientis *ex regula leg. ſervitutes* 20. §. 5. *leg. cujus* 25. *de ſerv. urb.* ergo præciſe inutile erit pignus ſervituris conſtitutæ; docent ſic contra Cujacium contrarium putantem *lib.* 15. *obſervat. cap.* 6. Cujus ſententiam tenet Bachovius *de pign.* 2. *cap.* 7. *n.* 3. Nixus *leg. quæſitum* 8. §. *ſi* 5. *de precar.* Duaren. 2. *diſput. cap.* 13. Faber. 17. *conject. cap.* 6. nec enim placet quod contendit Cujac. ſcilicet ſervitutem prædialem poſſe ſine prædio diſtrahi, *ex leg.* 80. §. 1. *de contrah. emp. leg.* 3. §. *ſi ita* 2. *leg.* 6. §. 6. *de act. empt.* namque in his juribus nil prohibet vendi etiam non vendito fundo; quin, ut poſſit vendi neceſſe eſt fundum retineri à venditore ſervitutis, quoniam alioquin vendito fundo nulla poteſt ſervitus conſtitui, cum non poſſit fundus domino ſervire *leg. in re* 26. *de ſerv. urb.* docent Faber. *Ubi nuper*, Galvan. *de uſufructu cap.* 30. *in fine.*

9 Videamus ergo an ſervitus conſtituta poſſit pignori obligari, & ut res penitus intelligatur, aut quæritur an ſervitus per contractum pignoris in ratione ſervitutis poſſit conſtitui, aut quæritur an poſſit conſtitui in ratione commoditatis utendi. Si quæritur an per contractum pignoris ſervitus poſſit conſtitui in ratione ſervitutis. Reſpondeo non poſſe ex ea ratione, nam ille titulus exigitur ad conſtituendam ſervitutem, qui habilis eſt ad transferendum dominium rei corporalis, ut ad transferendam quamlibet rem corporalem §. *fin. inſt. de ſervit.* Atqui titulus ſeu contractus pignoris non eſt habilis ad transferendum dominium rei corporalis. *L.* 35. §. 1. *de pign. act.* Ergo non eſt ſufficiens ad conſtituendam ſervitutem.

Rurſùs ideò ſervitus per precarium conſtitui non poteſt. *Leg ſi precario* 17. *commun. præd.* Ubi Cujac. 7. *quæſt. Pap.* quia precarium non eſt titulus ſufficiens ad conſtituendam ſervitutem prædialem, exiguntur etiam ad conſtituendum uſumfructum. Ex quâ doctrinâ facilè convincitur Faber, qui 19. *conjectur. cap.* 8. putat uſumfructum per contractum pignoris ipſo jure in ratione ſervitutis conſtitui ad differentiam ſervitutis prædialis; Nec obſtat ratio differentiæ ab eo adducta; quæ ſic ſe habet: ideò ſervitutes prædiales per contractum pignoris conſtitui non poſſunt, quia titulus pignoris non eſt perpetuus, ſed temporalis, ſervitutes verò, nec ex tempore, nec ad tempus poſſunt conſtitui, *leg.* 4. *de ſervit.* Atqui uſusfructus tam ad tempus quàm ex tempore utiliter conſtituitur, *leg.* 4. *de uſufr. l.* 16. §. 2. *famil. ercif.* Ergò ſtat optimè uſumfructum conſtitui per contractum pignoris ad differentiam ſervitutis prædialis.

10 Non obſtat inquam hæc differentiæ ratio, nam facilè reſpondetur quod potiſſima ratio propter quam ſervitutes prædiales non poſſunt per pignus conſtitui, non pendet ex eo, quod ad tempus conſtitui non poſſunt, ſed ex eo ut anteà dixi, quod cùm titulus pignoris non ſit ſufficiens ad inducendam tranſlationem dominii rei corporalis, nec etiam eſt habilis ad conſtitutionem ſervitutis quod vel ex eo dignoſcitur, quod alioquin ſolùm ſuâ ratione, quod ſcilicet, ſervitutes prædiales ad tempus conſtitui non poſſunt, eas in pignus conſtitui impedire ſervitutem per pignus conſtitutum Prætor tuetur in ratione ſervitutis, quemadmodùm & tuetur ſervitutes prædiales per titulum perpetuum ad tempus conſtitutas, *dict. leg.* 4. *de ſervit.* Atqui ſervitutem per pignus conſtitutam Prætor non tuetur in ratione ſervitutis, ut ſtatim dicemus: ergo non ea ſola ratio impedit per pignus conſtitui prædialem ſervitutem, nec tunc obſtat textus *in dict. leg.* 4. *de ſervit.* Ubi ſervitutem prædialem conſtitutam ad tempus Prætor tuetur in ratione ſervitutis, nam ut jam indicavi, hæc regula procedit in ſervitute prædiali per titulum ex ſuâ ratione perpetuum ex conventione contrahentium ad tempus conſtituta, quæ etſi ſummo jure non teneat, tamen æquitatis ratione à Prætore defenditur, non verò ſervitus per titulum temporalem conſtituta quæ ex defectu tituli nullo jure in ratione ſervitutis defenditur. Idemque de uſufructu dicendum eſt, nam pariter *in leg.* 4. *de uſufructu cum ſimili.* Quæ habentur uſumfructum utiliter ad tempus conſtitui, procedit in uſufructu per titulum ex ſui naturâ perpetuum ad tempus conſtituto, non verò in uſufructu per temporalem titulum conſtituto, qui tunc etiam ex defectu tituli inutiliter conſtituitur. Quod ex eo probatur evidenter, nam alioquin uſusfructus per temporalem pignoris titulum ipſo jure in ratione ſervitutis conſtitueretur, ut concedit Faber. atqui non conſtituitur ipſo jure, quin imò nec eum tuetur Prætor in ratione ſervitutis, ſed ſolùm in ratione commoditatis, *l.* 11. §. 2. *de pignor.* ergò nec uſusfructus nec ſervitutes prædiales, nec ex jure civili, nec ex prætorio poſſunt in ratione ſervitutis per pignus conſtitui.

11 Habemus jam ſervitutes in ratione ſervitutis per pignoris contractum conſtitui non poſſe, nunc videamus an jura prædiorum ſaltem in ratione commoditatis poſſint à Dominis prædiorum pignori vel hypothecæ dari, in qua re contra Duaren. 2. *diſput. cap.* 13. cum Cujac. *dict. lib.* 15. *obſerv. cap.* 6. quem ſequitur Faber 19. *conject. cap.* 7. ſeparanda ſunt prædiorum ruſticorum jura à juribus urbanorum prædiorum, ita ut jura prædiorum ruſticorum poſſint à Dominis prædiorum pignori obligari juxtà expreſſam Martian. ſententiam in *leg.* 11. §. *ult. de pignor.* quam irrepſiſſe ſcribit Ulpianus in *leg.* 14. §. 1. *de conſtit. pecun.* receptum fuit ut jura prædiorum ruſticorum, quæ per pignus in ratione ſervitutis conſtitui non poſſunt, poſſent tamen in ratione commoditatis pignori obligari creditori vicinum prædium habenti, ut quando pecunia ſoluta non ſit in his juribus creditor uteretur, etſi pecunia ſoluta non fuerit, liceat creditori ea jura vicino vendere *dict. leg.* 12. *de pignor.* quo caſu jura prædiorum ruſticorum per diſtractionem à creditore factam in ratione ſervitutis conſtituuntur, quia titulus venditionis rei pignoratæ factæ à creditore ſufficiens eſt ad transferendum dominium. *L. non eſt* 46. *de acquir. rer. dom.* §. 1. *inſtit. quib. alien. licet*, & per conſequens habilis eſt ad conſtituendam ſervitutem, nec requiritur expreſſa conventio ad hoc ut poſſit jura ruſticorum prædiorum creditor ſibi pignori obligata vendere vicino, ut docet Cujac. 15. *obſerv. cap.* 6. quia de naturâ cujuſcumque pignoris eſt, ut poſſit à creditore diſtrahi, *dict. l.* 4. *de pignor. act. dict. l.* 11. *de diſtract. pignor.*

12 Contrà quam doctrinam invehitur Faber *dict. lib.* 19. *conject. cap.* 7. qui putat, quod ad hoc ut jura prædiorum ruſticorum pignori obligentur neceſſaria & præciſa conventio eſt, ut in caſu non ſolutæ pecuniæ liceat creditori ea jura vendere vicino, aliàs inutile eſſet pignus cum ea conventione non adhibita diſtrahi non poſſiot, niſi in his conſtituendis id nominatim cautum ſit, *l.* 33. §. 1. *ruſtic. præd.* Rurſùs movetur ex *dict. l.* 12. *de pignor.* Ubi ita demum ait Paulus jura hæc prædiorum poſſe pignori obligari, ſi ea conventio interceſſerit, ut ſcilicèt quando pecunia ſoluta non fuerit eis creditor utatur, etſi pecunia intra certum diem ſoluta non fuerit, liceat creditori ea vicino vendere, ergò ſentit ſine ea conventione inutiliter hæc jura pignori obligari. Verùm à Cujacii ſententia non puto recedendum, cui non obſtant hæc Fabri fundamenta. Non primum, nam reſpondeo quod licet jura prædiorum inſeparabiliter prædiis inhæreant, tamen diſtrahi poſſunt ſine prædiis, quoties id in eis conſtituendis actum ſit, ut ipſe Faber docet ex *dict. l.* 33. §. 1. *ruſtic. præd.* cùm verò pignus conſtituitur, id ex natura contractus actum intelligitur, ut liceat creditori rem pignoratam diſtrahere, undè non adjecta eâ conventione rectè prædiorum jura pignori obligantur, quia ex voluntate debitoris Domini prædii dominantis poteſt creditor non ſoluta pecunia vicino in ratione ſervitutis conſtituere, cùm hanc facultatem acquiſierit ex ipſo pignoris contractu, ſicut ex eadem ratione creditor, cum à plenæ proprietatis Domino uſusfructus pignori obligatus eſt in ratione commoditatis, poteſt non

ſoluta pecunia eum vendere & in emptorem transferre in ratione ſervitutis perſonalis ex tacita voluntate debitoris, *arg. text. in l. uſus 57. ſolut. matrim. l. 4. de novat.* Nec obſtat ſecundum fundamentum, nam reſpondeo quod Paulus in *dict. leg.* 12. non adducit ſuperiorem conventionem, ut denotetur effectus hujus oppignorationis, quod ex eo patet, nam pariter adjecit conventionem, ut quando pecunia ſoluta non fuerit, eis juribus creditor utatur, quæ tamen neceſſaria non eſt, cum ex ejus pignoris natura tacitè adjecta intelligatur, ut fatetur Faber, & probat textus in *dict. l.* 11. *§.* 2. *de pignor.* in terminis uſusfructus pignoris obligati, idem ergò dicendum eſt de altera conventione diſtrahendi, ut ſcilicèt tacitè adjecta intelligatur, cùm non minùs inſit naturæ contractus quàm illa, ut nimirùm eis juribus utatur creditor.

13 Urbanorum prædiorum jura vera nec in ratione ſervitutis poſſunt per pignus conſtitui, nec adhuc ex æquitate poſſunt à Dominis in ratione commoditatis pignori vel hypothecæ dari, *l.* 11. *§. fin. de pignor.* ratio differentiæ inter jura prædiorum ruſticorum & urbanorum quoad hanc juris partem, provenit ex eo, nam ad hoc ut jura prædiorum pignori obligentur, non ſufficit creditorem habere prædium vicinum, ſed requiritur, ut tale pignus alii vicino diſtrahi poſſit, quia ſæpè dixi inutile eſſe pignus, quod alii vendi non poſſit, cum vero creditori habenti ædes vicinas, jura prædiorum urbanorum pignori obligantur, nulli alii vicino ea jura utilia eſſe poſſunt, & per conſequens nulli alii vendi poſſunt, verbi gratia, ſi jus tigni immittendi creditori pignori obligetur, nullus alius eſt vicinus, cui jus illud eſſe poſſit, nam quod ex ædibus ſuis tignum immittitur, creditori in ædibus debitoris, non æquè alii vicino ex ſuis ædibus in eandem partem immittendi ullum eſt jus, ſivè utilitas, & conſequenter id numquam alter vicinus empturus eſt; alius verò vicinus fruſtrà emeret, ejus ergò juris inutile pignus eſſe debet, idemque cerni poteſt in aliis ſervitutibus urbanorum prædiorum. Jura verò ruſticorum prædiorum alii vicino diſtrahi poſſunt, cùm poſſit uno itinere patere plures aditus in ſuos fundos, & per conſequens poſſint alii vicino æquè utilia eſſe, docent hanc rationem differentiæ Cujac. 15. *obſerv. cap.* 6. Faber 19. *conject. cap.* 7.

14 Verùm contra hanc diſcriminis rationem inter jura ruſticorum & urbanorum prædiorum illud ſe offert argumentum: Interpoſitum prædium vicini non impedit, quominùs ſervitutes urbanæ conſtituantur, *l.* 38. *&* 39. *de ſervit. urban. præd. l.* 4. *§. fin. ſi ſervit. vind.* intermedium verò prædium impedit quominùs ruſticæ ſervitutes conſtituantur, *l.* 7. *§.* 1. *de ſervit. ruſtic.* ergò ſervitus urbana pignori obligata poteſt à creditore vendi, ſaltem illi vicino, cujus ædes ſunt interpoſitæ, & cujus maximè intereſt ſuis ædibus acquirere ſervitutem, & ex contrario ſervitus ruſtica nulli alii vendi poteſt, ac per conſequens urbanorum jura poterunt pignori obligari, non verò jura ruſticorum juxta ſuperiorem diſtinctionem. Cui difficultati reſpondetur, quod licèt interpoſitum vicini prædium non impediat, quominùs ſervitutes urbanæ conſtituantur, non tamen ex eo ſequitur, quod jus urbani prædii pignori obligatum poſſit à creditore diſtrahi, nam fruſtrà jus illud emeret, cùm eandem utilitatem habiturus ſit citrà emptionem, cùm non poſſit creditor eo jure uti, quin utatur vicinus cujus prædium interpoſitum eſt. Sed dices utilem eſſe emptionem vicino, ne alioquin creditor accepto pretio illud jus debitoris remittar, verum hæc ratio non poteſt utile reddere hujuſmodi pignus, quia cùm diximus inutile eſſe pignus, quod vendi non poteſt, exigimus ut invenire poſſit emptorem alium, quam debitorem, Dominus autem rem ſuam emere non poteſt, *l. ſuæ* 16. *de contrah. empt. l.* 40. *de pign. act.* cum eo demùm caſu ad pignoris venditionem perveniatur, quo debitor ſolvere non poteſt, quin imò, etſi ponamus ultrà ædes creditoris contiguas ædes vicini, non tamen magis ſeparandus eſt, ut velit vicinus emere jus illud, cujus commodum percipit etiam citrà emptionem, præſertim, quia etiamſi illud emiſſet, tamen eſſet in poteſtate creditoris uſum impedire ſervitutis, cum ſervitus non inhæreat ædibus creditoris, ſed debitoris. Ex contrario, ex eo quod intermedium prædium impediat, quominùs ſervitutes ruſticæ conſtituantur, non ſequitur quod jus ruſtici prædii pignori obligatum non poſſit à creditore diſtrahi, cùm fieri ſæpè ſoleat, ut pluribus itinere pateat aditus ad ſuos fundos, itaque procedit ſuperius diſcrimen inter jura ruſticorum prædiorum. ut illa utiliter pignori ſeu hypothecæ obligentur, hæc verò inutiliter.

Rurſus contra ſupra dicta expendi poteſt 15
textus *in l. locare* 44. *locat.* ubi generaliter ſcribit Ulpianus quod locare ſervitutem nemo poteſt, ergo indiſtinctè cum nulla prædiorum jura poſſint locari, nec pignori dari, ſed ex mente Fabri in rationali dupliciter intelligi poteſt hic textus primò ſi dicamus Conſultum loqui de ſervitute conſtituta, quam procul dubio locare non poteſt ſine prædio dominus prædii dominantis juxta ea quæ diximus *n.* 8. Licèt alias fructuarius poſſit commoditatem perceptionis fructuum locare *l.* 12. *§. uſusfructus* 2. *de uſufruct. §.* 1. *inſtit. de uſu & habit.* quemadmodum nec dominus prædii dominantis poteſt ſine prædio ſervitutem prædialem pignori obligare ad differentiam fructuarij. Secundò dici poteſt Conſultum de ſervitute conſtituenda tractare, & eum aſſerere per locationem conſtitui non poſſe, quia locationis titulus ſicut non eſt ſufficiens ad dominium rei corporalis transferendum *l. non* 39. *ff. locat.* ut latè probat D. Didacus de Laſerna *de locato quæſt.* 62. *ex n.* 1. *cum ſeqq.* ſic nec eſt ſufficiens ad conſtituendam ſervitutem, quemadmodum ex eadem ratione per pignus non poſſe ſervitutem conſtitui ſupra diximus, notandum tamen eſt quod per locationem ſicut per pignus jura prædiorum poſſunt transferri in locatorem non quidem in ratione ſervitutis, ſed in ratione commoditatis utendi, nec obſtat Faber *in dict. l.* 6. 19. *conject. cap.* 7. ſcilicèt quod nulla datur utilitas, ſeu neceſſitatis cauſa ad hoc ut per locationem jura prædiorum in locatorem transferantur adhuc in ratione commoditatis utendi, cum faciliùs quis poſſit emere jura prædiorum ad tempus, poſtquam placuit ſervitutum conſtitutiones ad tempus factas à Prætore defendi *l.* 4. *de ſervi urbas,* nam

reſpondeo quod per emptionem factam ad tempus ſervitus jure prætorio conſtituirur in ratione ſervitutis, per locationem vero in ratione commoditatis ex ea ratione differentiæ, quam dixi ſupra *n.* 10. quoties dominus prædii vult aliquid jus ad tempus transferre in ratione commoditatis, non in ratione ſervitutis locum habet contractus locationis.

16 Expendi poſſunt textus in *l. velni* 3. *l. & habet* 15. *de precario l. ſi quis* 12. *de relig.* ex quibus apertè conſtat tam urbanorum quam ruſticorum prædiorum jura poſſe à Dominis precario utenda concedi. Ergo pariter & poterunt pignori obligari, & per conſequens falſa eſt ſuperior diſtinctio inter jura ruſticorum & urbanorum prædiorum. His juribus deceptus Duarenus *lib.* 2. *diſput. cap.* 13. exiſtimavit nihil intereſſe inter jura ruſticorum & urbanorum prædiorum quoad hoc ut poſſint pignori obligari, qui error eſt in ſuperioribus refutatus, nec eum juvant ſupra expenſi textus, nam licèt certum ſit quod per precarium ſervitus conſtitui non poſſit ut *ex l.* 12. *comm. præd.* probavi ſuperiori *n.* 9. & docuit Cujac. 22. *obſerv. cap.* 37. nam jura prædiorum poſſunt in ratione commoditatis precario utenda concedi, quemadmodum & licet per commodatum nulla ſervitus in ratione ſervitutis poſſit conſtitui, poteſt tamen Dominus ædium habitationem in ratione commoditatis non vero in ratione ſervitutis commodare textus *in l.* 1. §. 1. *commod.* conducunt ab argumento textus *in l. ſi gratuito* 17. *de præſcrip. verb. l. Pomponius* 5. *in quib. cauſ. pign. tacit. contrah.* nec quoad hanc rem diſtant jura prædiorum urbanorum à juribus ruſticorum, licèt multum differant, cum quæritur an pignori poſſint obligari, quia utilitas precarii non ut jus pignoris in diſtractione conſiſtit, ſed in uſu tantum ad libitum domini, qui precariò conceſſit, indè ex eo quod jura prædiorum urbanorum diſtrahi nequeant, infertur quidem pignori obligari non poſſe, non verò non poſſe precario utenda concedi, docet Cujac. *dict. lib.* 15. *obſerv. cap.* 6.

17 Denique nec uſumfructum nec jura prædiorum poſſe pignori obligari ex eo videtur probari, nam illæ utiliter res ſulum obligantur pignori, quæ ſunt in bonis debitoris ut docet Paulus *in l.* 15. §. 1. *de pignor.* & quidem nec uſusfructus nec jura prædiorum ſunt in bonis ut docet Paulus *in l.* 1. *de uſufruct. leg.* ergo nec uſusfructus nec jura prædiorum poſſunt pignori obligari, ſed tamen tam jura prædiorum, quam uſumfructum eſſe in bonis dominorum certo certiùs eſt, nec aliud probat textus *in dict. l.* 1. *de uſufruct. leg.* nam ut communiter animadvertunt interpretes, Paulus ideò jus prædii, cujus uſusfructus ibi legatus proponitur in bonis teſtatoris non fuiſſe docet, quia teſtator formaliter & ſeparatum non habet, nam utique ut dominus habet jus eundi in ſuo, poteratque id jus à domino ſeparare, ulterique ſub alia qualitate concedere, & alium uti volentem eo jure prohibere, qua ratione Conſultus addidit, nec eſſe extra bona, ſolum itaque ex eo, quod dominus tale jus formaliter non habeat, hoc eſt ſeparatum à jure Dominii in ordine ſervitutis, uſusfructus autem itineris tanquam juris ſeparati & formalis legatus proponebatur, negat Paulus legatum eſſe uſumfructum rei, qui eſſet in bonis teſtatoris quia non eſſet in bonis formaliter in ratione ſervitutis, ut cauſative in ratione commoditatis, unde cum ſaltem in ratione commoditatis uſusfructus & jura prædiorum ſint in bonis dominorum, rectè ſtat, pignori, hypothecæque poſſe obligari, eo tamen ſervato diſcrimine, quod adeſſe inter ruſticorum & urbanorum prædiorum jura ſupra diximus.

Infertur etiam ex ſupradictis, non ſolum eum, qui habet dominium quiritarium, ſed & eum qui ſolum habet dominium bonitarium rem pignori dare poſſe ut probat ab argumento textus *in l.* 3. *C. de ſervit.* cum ei utpotè vero domino competat rei vindicatio directa *l. in rem* 23. *de rei vind.* docet Faber. 20. *conject. cap.* 11. Quinimò & is, qui cum dominus non eſt, habet tamen, & utilem vindicationem, rem pignori dare poteſt ut ecce: is qui in perpetuum fundum-fruendum conduxit, dominus quidem fundi vectigalis non eſt, habet tamen utilem rei vindicationem, non tantum contra quemlibet poſſeſſorem, ſed etiam contra ipſos municipes ſi modo vectigal ſolvat *l.* 1. *& per tot. ſi ager. vectig.* Pariter Emphyteuta, id eſt qui alienum fundum vel in perpetuum, vel ſaltem per longum tempus fruendum conduxit, non à municipibus, ſed à privato habet utilem rei vindicationem, ſi modo ſtatutam ſolvit penſionem. Similiter & ſuperficiarius, id eſt, qui in alieno ſolo in perpetuum conducto, ſuperficiem ſeu ædificium, ut certam mercedem præſtat, licèt dominus non ſit, quia ſuperficiei proprietas naturali & civili ratione ad dominum ſoli pertinet *l.* 1. §. *is* 4. *l.* 2. *de ſuperfic. l.* 10. *fam. erciſc.* tamen habet utilem rei vindicationem *l. in ſpeciali* 73. *in fin. cum duab. legib. ſeqq. de rei vindic.* docet Cujac. 22. Paul. *ad edict. in dict. l.* 74. *de rei vind.* Faber. 20. *conject. cap.* 11. Hi omnes licèt domini non ſint, tamen quia habent jus in re *l. ſi* 17. §. *pen. & fin. dicta legis* 1. rem pignori dare poſſunt *l. tutor.* 16. §. *fin. l.* 27. *de pignor. act. l.* 13. §. 3. *de pignor. l.* 15. *qui pot. in pign.* Sicut & utilitatis cauſa poſſunt ſervitutes tam prædiales quam perſonales conſtituere *dict. l.* 1 §. 6. *& fin. de ſuperfic.* Ex eadem ratione creditor rem ſibi pignoratam poteſt ſuo creditori pignori obligare *l. debitor.* 40. §. *fin. de pign. act.* ubi Cujac. 3. *reſponſ. Papin. & in l.* 13. §. 2. *de pignor. & in l. non ſolum* 33. §. 4. *in fine de uſucap. & in l.* 1. *&* 2. *C. ſi pign. pignor.* quia licèt dominus non ſit, habet tamen jus in re ſcilicet poſſeſſionis, quod poteſt in creditorem transferre, & per conſequens actionem in rem, quæ omnia pignora, ab his non dominis conſtituta eorum jure reſoluto extinguuntur, ut inferius latiùs dicemus. 18

Tertiò infertur nomen ſeu actionem quæſitam debitori ſeu contra debitorem pignori obligari poſſe *l. ſi* 18. *de pign. act. l.* 13. §. 2. *de pign l.* 3. §. 1. *qui potior. l.* 7. *C. de hered. vind.* quia nomen ſeu actio in bonis debitoris quæſita in creditoris bonis eſt *l.* 49. *de verb. ſign. cum ſimil.* quinimo licèt res debita ex obligatione non ſit in dominio creditoris *l.* 34. §. 1. *de aur. legat. l.* 1. *in prin. de liber. legat.* tamen poteſt pignori obligari *l.* 2. *de pignor. dict. l.* 3. §. 1. quia quodam modo in bonis crediroris eſt, cum is qui habet actionem ad rem recuperandam, ipſam rem habere videatur *l.* 15. *de reg. jur.* ſed oune merito quæres, ſi actio & res ex obligatione 19

debita in bonis creditoris eſt, ad hoc ut pignus conſtituatur ſufficit rem pignoratam eſſe, cur nominis pignus jure civili attento ſit inutile, & ſolùm jure prætorio confirmetur, ut conſtat ex *l.* 18. *de pign. act. l.* 7. *C. de hered. vindic.* De pignore nominis videndus Bachorius, *de pignor.* 2. *cap.* 8. Ex cujus doctrina poteſt etiam aliter hoc intelligi, maximè cum nominis vendito jure civili valida ſit, nec indigeat Prætoris auxilio, *l.* 3. *&* 8. *C. de hered. vendit.* & quidquid emptionem venditionemque recipit, etiam oppignorationem, *l.* 9. §. 1. *de pignor.* Cui dubio reſpondeo, quod ratio ob quam nominis pignus jure civili eſt inutile pendet ex eo, quod naturæ pignoris repugnet, ut ejus extinguendæ facultas pendeat ex arbitrio & voluntate debitoris citrà debiti ſolutionem, aliamve ſatisfactionem, cùm hypothecaria actio tandiu durare debeat, quandiu pecunia ſoluta non fuerit, *l.* 9. §. 3. *de pignor. act. l.* 13. §. 4. *de pignor.* Jure vero civili attento eſt in poteſtate debitoris an pignus nominis ſit futurum, & pro arbitrio diſſolvere ex eo apparet, quin talis oppignoratio facere nequeat, quominùs perimat pignus debitor cujus nomen obligatum fuit, ſi creditori ſuo ſolvat, quo facto extincto nomine pignus evaneſcit, quia ex neceſſaria cauſa, extincta re pignori obligata, vinculum pignoris extinguitur, *l.* 8. *quibus mod. pign. ſolv. l. ſervo* 25. *C. de pignor.* Indè ergò fluit nominis pignus eſſe inutile civili jure; ſed inſtabis: ſi debitor nomen pignori obligatum invito creditore exegerit nomine creditoris ſui debet condemnari, quia contrà bonam fidem propriamque conventionem fecit, ideòque inutile debet eſſe nominis pignus. Verùm reſpondeo, quod licèt eo nomine debitor teneatur, tamen actio creditori competens ſolùm poteſt eſſe in perſona, qua ipſe non indiget, cùm jam obligatum habeat debitorem ex principali obligatione, non verò in rem, quæ requiritur ad pignoris conſiſtentiam, & ad ampliorem ſecuritatem creditoris qui plus cautionis habet in rem quam in perſonam, *l.* 25. *de reg. jur.* Docet Faber 8. *conject. cap.* 15. quem laudat Oſſualdus 15. *cap.* 43. *littera F.* & Olea *de ceſſ. jur. tit.* 4. *quæſt.* 4. *num.* 25.

20 Jure verò prætorio nominis pignus confirmatur propter contrahentium utilitatem, quia ſcilicet utile eſt, & naturali rationi conſentaneum, ut quemadmodùm unicuique licet de rebus ſuis diſponere pro arbitrio ſuo, ita ut liceat debitoris ſui nomine pignori dare, nam ſi pecuniam mutuam ſine pignoribus invenire non poſſet, nec aliud quidquam præter nomina debitoris in bonis haberet, iniquum eſſet & inhumanum in egeſtate laborare, ſi fortè, aut exigendi debiti dies nondum venerit, aut non ita commodè debitoris explicare pecuniam poſſet, & præſertim cum fructus rei ſit pignori dare licere, *l. ult. de uſur.* Abſurdum eſſet Dominum hoc rei ſuæ fructu privare, cùm nominum uſusfructus valeat, *l.* 3. *de uſufr. ear. rer.* hac æquitatis ratione motus Prætor tuetur pignoratitiam nominis conventionem, ut Paulus ait in *dict. l.* 18. *de pign act.* ita ut creditorem in exigenda pecunia præferat vero creditori, ut debitorem, poſtquam creditoris creditori ſolvat, non patiatur à creditore ſuo conveniri, poteſt namque creditor, cum nomen pignori datum, illud exigere actione hypothecaria, præter quam, an etiam ei competat utilis actio perſonalis, ad nos non attinet diſputare, vid. Cujac. in *l.* 3. *C. de oblig. & act.* Donell. *dict. lib.* 15. *cap.* 43. qui doctè totam rem explicat, & plures refert Olea *de ceſſ. jur.* 4. *cap.* 4. *ex num.* 24. etſi nomen ſcilicet corporis alicujus exactum fuerit creditoris pignori loco, quod etſi exacta ſit pecunia, ejus retinenda facultas creditori competit æquitate cujuſdam compenſationis uſque ad concurrentem debiti quantitatem *dict. l.* 18. *de pign. act. dict. l.* 13. §. 2. *de pignor.* Si verò debitor à ſuo creditore, qui pignus dedit, conveniatur, poſtquam aut creditoris creditori ſolvit, aut ab eo certior eſt factus de nominis obligatione poteſt eum exceptione doli ſubmovere, quæ ſubſidiaria eſt, & competit quoties factum, quod inter aliquos initum eſt aliis per conſequentiam prodeſſe debet, *l.* 10. §. *fin. cum legib. ſeqq. de pact.* Aliàs ſi exceptionem ſciens amiſerit, & voluerit iterum ſolvere, tenebitur creditori, cui nomen pignori datum eſt, *l.* 4. *C. quæ res pign.* poteſt etiam creditor nomen ſibi pignori obligatum diſtrahere, *l. periculum* 30. *de pignor.* & tam hypothecariam quam perſonalem actionem in emptorem transferre, *dict. l.* 7. *C. de hered. vendit.* Undè conſtat Prætorem, ut nominis pignus ſuſtineret, eandem ſecuritatem præſtitiſſe quam haberet, ſi qualibet alia res pignori eſſet obligata, docet Faber 8. *conject. cap.* 16. *& in rat. ad dict. l.* 18. *de pign. act.*

Nec tunc obſtat quod nominis venditio ipſo jure ſit utilis, nec indigeat Prætoris auxilio, 21 nam multùm intereſt inter venditionem & pignus, vendito nomine, actiones directæ remanent penes venditorem, utiliter enim transferuntur in emptorem, eique proprio jure competunt, adeò ut quidquid nominis venditor compenſatione, exactione, aut qualibet alia ratione fuerit conſecutus, totum id & integrum emptori reſtituere compellatur, *l. venditor* 23. *de hered. vend.* Undè cum jure civili inſpecto non ſit in venditoris arbitrio nominis venditionem extinguere, rectè conſtat nominis venditionem ipſo jure validam eſſe; contrarium contingit in nominis pignore, ut jam diximus, quod ideò ſolùm prætorio jure utilitatis cauſa ſuſtinetur; ex qua ratione provenire putat Faber 18. *conject. cap.* 17. quod ſcriptum eſt in *l.* 15. §. 9. *de re jud. l.* 2. *quando fiſcus l. etiam* 5. *C. de exec. rei jud.* Scilicet, in cauſam judicati non aliter nomen pignoris loco capi poſſe, quam ſi nulla alia bona ſint, quæ ſine controverſia capi & poſſideri poſſint, quia cum pignus nominis ipſo jure nullum ſit, & ſolùm tuitione prætoria ſubſiſtat, fruſtrà Prætor aut judex ab eo datus in executione judicati ſe interponeret ad conſtituendum pignus in debitoris nomine, quandiu alia bona ſunt, quorum natura & conditio patiatur, ut pignori capi poſſint, ſed tamen fallitur, nam licèt verum ſit ſuperius principium, falſum tamen eſt ex eo pendere rationem textus in *dict. l.* 15. §. 8. *de re judic. cum ſimil.* quæ potiùs ex eo provenit, quod Prætor certum ordinem præſcripſit judicati executioni in favorem creditoris & debitoris quem refert Ulpianus in

dict.

dict. l. 15. §. 2. *de re jud.* quique talis eſt, res mobiles pignori primo loco capiuntur, nec niſi his non inventis ad res ſoli pervenitur quod debitori minùs damnoſa eſt rerum mobilium diſtractio, quam immobilium, & aliàs id utilius eſt creditori, nam cùm res mobiles ſint minoris pretii, & ad uſum quotidianum magis neceſſariæ faciliùs emptorem recipere poſſunt, & citiùs creditor eis diſtractis poteſt ad ſuum pervenire; extremò tandem pervenitur ad nomina, quod præcipuè expedit creditori, cui perſecutio nominum & gravis & damnoſa eſt, gravis quia in his perſequendis moleſtus eſſet his, quibus non vult, & quibus cùm nil negotii eſſet; eſſet damnoſa ſi debitores non ſolvant, nam tunc primùm adversùs eos ſententia accipienda eſt, deindè iterùm res judicata, contra eos executioni eſt mandanda, *l.* 1. *C. de execut. rei jud.* Docet Donell. 27. *comment. cap.* 1. *ad dict. l.* 15. §. 2. *de re jud.* qui etiam præſtat rationem ob quam nomen ſolum conceſſum pignori capi poteſt, *dict. l* 15. §. 8. meliùs quam Faber 8. *conject. cap.* 17.

22 Sed tamen contrà id, quod ſuprà diximus, ſcilicèt quod ſi nomen pignori obligatum ſit corporis alicujus, & illud à creditore pignoratitio per actionem hypothecariam fuerit exactum, corpus eſt pignoris loco, ſequens occurrit difficultas. Pignus omninò æſtimatur ex conventione, nec aliud poteſt eſſe in pignore, quam de quo convenit, ut pignori eſſet, etſi factum ſit ex materia pignorata, atqui quoties nomen corporis fuit pignori obligatum; ſolum de nomine convenit, ut eſſet pignori, non de corpore, ergò pignus nominis, licèt nomen ſit alicujus corporis, adhuc ſecuta executione, non poteſt in pignus corporis tranſire; major probatur, ex *dict. l. ſi convenerit & dict. l.* 18. §. 3. *de pignor. act.* ubi etſi ſylva pignori data ſit, navis ex ea materia facta pignori non tenetur, quia aliud eſt materia, aliud navis, niſi ſpecialis conventio interceſſerit, ut quæ ex ſylva facta natave ſint pignori teneantur, ergò pariter cùm nomen corpori pignori obligatur, ſecuta executione, corpus non poteſt pignori teneri, cùm aliud ſit nomen, aliud corpus; verùm reſpondeo quod cùm nomen pignori datur, ut cautum & conſultum eſt, non tam de jure nominis cogitatur, quam de utilitate, quæ ex nomine percipi poteſt, cùm pignus datur, ut cautum & conſultum ſit creditori, utilitas verò nominis obligata, tota conſiſtit in exactione ejus, quod debetur, quare licet per exactionem pignus nominis una cum ipſo nomine perierit, non ex voluntate contrahentium corpus pignori loco eſt, tanquam ſubrogatum in locum nominis obligati. ut docet rectiſſimè Faber *in ration. dict. l.* 18. *in princ.* Nec obſtat *dict. l.* 18. §. 3. Nam omiſſo Fabro in ejus rationali, & omiſſis aliorum ſententiis, reſpondeo, quod licet pignus non extinguatur per mutationem rei pignoratæ, licet alia ſpecies transferatur, *l.* 16. §. 2. *de pignor.* arg. text. *in l.* 4. §. *ex Lana* 20. *de uſuc.* tamen ex ſylva pignorata facta obligata non eſt, quia obligatio ſylvæ ax veriſimili voluntate contrahentium non afficit ſtrictè res ſingulas in ea comprehenſas, nec enim impedit quominùs debitor ligna ad ſuum uſum cædera poſſit, idque eſt in obligatione horti & vineæ, in quibus non impeditur debitor fructibus ad ſuum uſum cum moderatione uti arg. *l.* 33. *de uſur.* Docet eleganter Bachov. 5 *de pign. cap.* 12.

Ex his itaque apparet rei prorsùs alienæ quæ non eſt in bonis debitoris pignus nullum eſſe, ut conſtat ex juribus *num.* 2. adductis, ſed cùm certiſſimum ſit rei alienæ venditionem valere, *l. rem* 28. *de contrah. empt.* & dotis dationem, *l. ſi* 11. *ſolut. matrim.* & donationem, *l. ſi alienam* 13. *l qui* 39. *de donat. mort.* & locationem, *l.* 7. *ſi demum* 9. §. *fin. locat.* & alios contractus teſtatorumque diſpoſitiones, meritò inquiritur à noſtris Interpretibus, quare contrarium in re aliena pignori data affirmandum ſit, ita ut nullum ſit ipſo jure rei alienæ pignus, in qua difficultate Cujac. *ad Nov.* 61. & Petrus Faber 2. *ſem. cap.* 18. contendunt nullam eſſe in hac parte differentiam inter venditionem & pignus rei alienæ, ita ut non valeat, ſi agatur de Domini præjudicio, nam quoad hunc reſpectum neque rei alienæ venditio valet, nec per eam Domino tollitur vindicatio, *dict. l.* 28. *de contrah. empt.* valeant tamen, etſi conſiſtant æquè, rei alienæ venditio, & pignus extrà Domini præjudicium Quam ſententiam probant, ex eo quod ea quæ recipiunt emptionem etiam oppignorationem recipiunt, *dict. l.* 9 §. 1. *dict. l.* 11. §. 2. *de pignor.* ſed rei alienæ venditio valet, ergò nulla eſt differentia in hac parte inter venditionem, & pignus rei alienæ. Rursùs probant ex eo, quod debitori qui rem alienam pignori dedit, competit actio pignoratitia directa ſoluta pecunia contrà creditorem, *l. ſi rem* 9. §. *is* 4. *de pign. act.* & creditori, qui eam pignori accepit, competit actio pignoratitia contraria contrà debitorem, ex eo quod rem alienam ei pignori dedit, *dict. l. ſi rem* 9. *in princ. l.* 16. §. 1. *l.* 32. *eod.* Ergò tenuit pignoris contractus, aliàs etiam ex contractu nullo ipſo jure nulla oritur actio; tandem textus aliquos in eam rem expendent, quibus infrà ſatisfaciemus. 23

Sed & licet hæc ſententia in aliquibus vera ſit, in aliis tamen deficit, nam etſi verum ſit rei alienæ pignus non ſubſiſtere in præjudicium Domini, tamen falſum eſt extra hunc caſum contrà alios ſemper conſiſtere, nam etſi creditor tertium rei pignoratæ poſſeſſorem convenerit, tenetur probare rem pignori acceptam in bonis debitoris fuiſſe tempore conventionis, etſi id non probet, non poteſt obtinere eam actione hypothecaria, *dict. l.* 3. *&* 15. §. 1. *de pignor. dict. l.* 23. *de probat.* ergò rei alienæ pignus non ſolùm non ſubſiſtit in præjudicium Domini, verum nec in damnum tertii poſſeſſoris. Rursùs verſari differentiam inter venditionem & pignus rei alienæ etiam extrà præjudicium Domini, probatur tum ex eo, quod rei alienæ venditionem validam eſſe, pignus verò eſſe inutile ſæpiſſimè ſcribunt Conſulti, tum etiam ex eo, quod in venditione, ſi poſteà appareat rem alienam venditam eſſe, non poteſt emptor, quandiu tenet & poſſidet rem emptam agere contra venditorem de evictione donec res ei auferatur, & in eum caſum cautum eſt ei de evictione, *l. habere* 57. *de evict. l.* 3. *C. eod.* nam ſufficit quod venditor ei præſtet habere licere, & caveat de evictione, nec præciſè requiritur, quod Dominum transferat, at in pignoris datione ſtatim ac apparet rem pignoratam alienam eſſe, agere poteſt 24

creditor contra debitorem actione pignoratitia contraria directa, *l.* 16. §. 1. *dict. l.* 31. *&* 36. §. 1. *de pign. act. l.* 6. *C. hoc noſt. tit.* ergò multum quoad hanc juris partem diſtat pignus à venditione, ut rectè contra præfatos Interpretes ex aliquibus antiquioribus fundat Bachovius *de pignor. lib.* 2. *cap.* 3.

25 Hujus autem diſcriminis inter venditionem & pignus rei alienæ ratio provenit ex eo, quod, ut ſuprà dixi *num.* 2. cum res pignori datur illud agitur, ut jus in re pignorata creditor conſequatur ad ampliorem crediti ſecuritatem, quod conſequi non poteſt in re prorsùs aliena, at in emptione non agitur de aliquo jure reali, quod præcisè transferendum ſit in emptorem, ſed tantùm de obligatione perſonali, qua remanent obligati contrahentes, emptor ad pretium, & venditor in evictionis caſum, qua obligatione ſatisfit ſubſtantiæ hujus contractus, ubi res aliena vendita eſt, *l.* 25. §. *fin. de contrah. empt. cum ſimil.* Sed tunc ſic eleganter replicabis, cum res aliena pignori datur, obligatione perſonali remanent invicem contrahentes obligati, *dict. l.* 16. §. 1. *cum aliis de pign. act.* Quemadmodùm cum res alienæ venditæ invicem obligatione obſtringuntur contrahentes, ſed obligatio perſonalis ſola, quæ reſultat ex contractu venditionis ſufficit, ut ſiſtat venditio rei alienæ, ergò pariter ſola actio perſonalis pignoratitia quæ naſcitur ex contractu pignoris ſufficere debet, ut ſubſiſtat rei alienæ pignus. Cui difficultati reſpondeo, quod licèt verum ſit, quod ubi res aliena pignori data eſt, contractus pignoris eatenus efficax eſt, ut producat obligationem perſonalem, tamen non eſt ſufficiens, ut jus reale creditor in re pignorata acquirat, creditor verò dùm pignus accipit, non curat de perſonali obligatione, ſed potiùs de jure reali, ut dixi *num.* 2. Undè obligatio perſonalis licèt ſalvet ſubſtantiam venditionis in re aliena, non tamen poteſt ſalvare ſubſtantiam pignoris; qua ratione nititur diſcrimen ſuperiori numero expoſitum inter venditionem & pignus, quod nunc repeto, ſcilicet, quod ſi appareat rem venditam alienam eſſe, non tamen competit emptori adversùs venditorem actio de evictione, donec res auferatur, *l.* 4. *de act. empt. dict. l.* 3. *C. de evict. l. ſi plus* 74. §. 2. *ff. eod.* Aliud tamen ſi venditor ſciſſet rem alienam, tunc enim competit emptori, ſtatim actio ex empto in id quod ſua intereſit, rem ſuam factam non eſſe, quia dolum etiam venditor præſtare debet, *dict. l.* 30. §. 1. *de act. empt. l.* 4. *eod.* vel niſi in limine contractus antè pretium ſolutum immineat evictio, nam tunc emptor pretium ſolvere non cogitur, niſi fidejuſſores idonei à venditore offerantur evictionis nomine, *l. penult.* §. 1. *de pericul. & comm. rei vend. l. ſi poſt* 24. *C. de evictionib.* At in pignore ſtatim ac appareat rem alienam pignoratam eſſe, licèt ignorantia excuſet debitorem à crimine ſtellionatus, tamen indiſtinctè, nulla ſcientiæ, vel ignorantiæ habita ratione, competit creditori contrarium judicium pignoratitium, *dict. l.* 16. §. 1. *de pign. act. cum aliis*, quod ipſum probat rei alienæ pignus nullum eſſe, nam ideò competit ſtatim actio pignoratitia creditori, quia debitor fidem fefellit, nihilque actum fuit de ſecuritate quam præſtare debuit creditori.

Undè obiter diſſolvimus ſecundum fundamentum Cujacii & Petri Fabri expenſum *num.* 23. Nec obſtabit, ſi dicas, ſi ergò nullum eſt rei alienæ pignus, quomodo ex eo naſcitur actio perſonalis; nam reſpondeo quod pignoratitiam actionem inducit ſola conventio & datio pignoris, quoties retinendi pignoris nulla cauſa ſubeſt, etiamſi nullum pignus contractum ſit, ut probat elegans, & ad rem ſelectus textus in *l. ſolutum* 11. §. *ſi quaſi daturus* 2. *de pign. act.* Ubi docet Faber *in ration.* itaque licet rei alienæ pignus nullum ſit, tamen ex ea conventione ſoluta pecunia, competit actio pignoratitia directa debitori ad rem recuperandam, ne alioquin plus juris habeat creditor ex inutili conſtitutione pignoris, quam habiturus fuiſſet ſi utilis præceſſiſſet; ſimiliter & competit creditori actio pignoratitia contraria, vel ad hoc ut de dolo, aut culpa debitoris conqueratur, vel ad petendas impenſas, quarum reſtitutionem non magis poteſt debitor recuſare, quam ſi rem propriam pignori dediſſet. Docet Faber in *rat. dict. l.* 9. *de pign. act.* Nec etiam obſtat primum argumentum Cujacii & Petri Fabri expenſum *dict. num.* 23. deductum ex regula textus in *dict. l.* 9. §. 1. *& dict. l.* 11. §. 2. *de pignor.* Cui reſpondeo quod regula illa vera eſt in ſuo ſenſu reſpectu capacitatis rerum, quæ venduntur, aut oppignorantur, nam ſi res ſit extra commercium nec vendi, nec pignorari poterit, *l.* 1. §. *fin. quæ res pign.* & è contra quæ res admittit venditionem, quia eſt in commercio, ſi nihil aliud impediat, rectè pignorari poterit. Sed hæc æquiparatio non procedit in rebus alienis, nam quod res ſit aliena, non eſt qualitas rei de qua agitur in *dict. l.* 9. §. 1. ſed extra rem dependens à jure poſſeſſoris. Docet ex Donello Bachovius 2. *de pignor. quæſt.* 3. quam etiam interpretationem in effectu præſtat Cujacius 11. *reſponſ. Papin in l.* 1. *de pignor.* 26

Arguet ſic aliquis, licet pignus rei alienæ nullum ſit, tamen hypotheca valida eſſe debet, ergò falsò aſſerimus indiſtinctè rei alienæ pignus nullum eſſe, antecedens probatur: contractus omnes qui nudo conſenſu ſine rei traditione perficiuntur, cadunt ſub re aliena, utpotè qui non exigunt tranſlationem dominii, ut probatur ex eleganti textu in *l.* 1. §. *ideoque* 3. *junct.* §. *anteced. de rer. perm.* ubi *in* §. 2. dixit Paulus quod permutatio ex re tradita initium obligationi præbet ad differentiam eorum contractuum, qui ſolo conſenſu perficiuntur, atqui hypotheca ſine rei interventu ſolo conſenſu conſtituitur, *l. contrahitur* 4. *de pignor. cum vulg.* ergò hypotheca rei alienæ utilis eſſe debet, licet inutile ſit pignus, quod præter conſenſum rei etiam interventum deſiderat. Cui difficultati reſpondeo, verum quidem eſſe rem alienam deduci poſſe in eos omnes contractus, qui ſolo conſenſu perficiuntur, non tamen ex eo inferri poſſe in hypothecam deduci, nam licèt ea nudo conſenſu conſtituatur, tamen Prætor fingit rem traditam eſſe, & eâ ratione concedit hypothecariam actionem creditori, *l.* 66. *de evict.* §. 7. *inſtit. de action.* Undè nec pignus, nec hypotheca rei alienæ ſubſiſtit, non tamen ex eo textu deducitur in omnes eos contractus, qui re contrahuntur, rem alienam deduci non poſſe, nam alienari, & deponi res 27

Digitized by Google

alienа poteſt ut notum eſt. Nec obſtat, quod idcò contractus aſſerit rei alienæ nullam eſſe permutationem, quia permutatio re contrahitur, nam ſic explicanda eſt, in contractus quidem omnes, qui ſolo conſenſu perficiuntur, res aliena deduci poteſt, non verò in omnes eos, qui re contrahuntur, ſed in aliquos, ſcilicet, in eos, in quibus non agitur de aliquo jure reali transferendo, ut in commodatum & depoſitum, non verò in eos in quibus agitur de dominio aut alio jure reali transferendo, ut in mutuum *l. 1. §. 2. de oblig. & act. l. 5. appellata 2. de reb. cred.* permutationem & pignus, cui jure prætorio inſpecto, ſimilis eſt hypotheca in quam ex ea ratione res aliena deduci non poteſt.

18 Rurſùs expendi poſſunt textus in *l. 18. §. ſi fundus 2. de pign. act. & in l. 1. de Salvian. interd.* in quibus ſi ancilla pignori obligata fuerit, partus ex ea editus penès emptorem vinculo pignoris tenetur, atqui partus editus penès emptorem emptoris eſt, non debitoris, ergò rei prorsùs alienæ pignus conſiſtit, ſed ut reſpondeam, ſciendum eſt, qood ancilla pigoori obligata, partus ex ea editus vinculo pignoris tenetur, *l. 29. §. 1. de pignor. l. 1. C. de part. pign.* nam ea omnia acceſſionis vicem obtinentia, ad rem principalem pignori datam pignoris jure tenentur, *l. grege 13. & 16. de pign.* cum virtualiter cum ipſa re obligata intelligantur, quamvis in eſſe producta non dependeant ab ipſa re obligata, neque etiam jus ſemel quæſitum creditori, quo tempore dependebat ab ea, debitoris facto poteſt auferri. Partus verò acceſſionis vicem habet reſpectu matris, & cenſetur pignori obligata. Docet Amaya *3. obſerv. cap. 1. §. 2. num. 40.* Hæc tamen ſententia non procedit, quando ancilla apud alium Dominum fuit enixa, tunc etiam partus à creditore jure pignoris vindicari non poteſt, *dict. l. 29. §. 1. de pignor.* quia quo tempore acceſſionis vicem cœpit obtinere partus, non erat in dominio venditoris ancilla, ut acceſſio qualificaretur à re principali. Nec aliud probant prædicti textus, nam primò textus in *dict. l. 18. §. 2.* omiſſo Fabro *in ejus rat. & de error. dec. 59. err. 9. & dec. 60. err. 4.* commodè accipi poteſt de partu nato poſt venditionem, antè traditionem tamen, qui cùm ſit in dominio debitoris, *l. ſi ager 50. de rei vind. l. traditionibus 20. C. de pact.* rectè cedit in pignoris obligationem, nec pignus extinguitur per ſupervenientem alienationem; elegans ad rem textus in *l. ult. §. 1. de donat.* quæ interpretatio præterquam quod convenit verbis Conſulti, qui ſolum ponit partum natum fuiſſe poſt venditionem, nec meminit traditionis, neceſſaria etiam eſt, ne teneat æquiparatio partus exiſtentis in dominio debitoris alienati cum fundo pignorato alienato, quæ cum ſua cauſa ad emptorem tranſire dixit Conſultus, vel etiam juxta communem Interpretum ſententiam accipi poteſt textus in *dict. l. 18. §. 2.* de partu concepto & edito penès emptorem, quo caſu antè venditionem & editionem habuiſſet creditor jus pignoris proventum in partu tanquam in re acceſſoria matris, nec potuit immutari per alienationem, *l. in civile 12. C. de rei vind. l. ult. de acq. rer.* Nec implicat quod dominium partus ſit penès emptorem & jus pignoris conſiſtat penes creditorem, nam dominium cum ſua cauſa tranſit in emptorem; Nec hæc interpretatio repugnat verbis conſulti, qui ut ſupra dixi, ſolum ait partum natum fuiſſe poſt venditionem. Qua doctrina intelligendus eſt textus *in dict. l. 1. de Salviano interd.* Ubi pariter Julianus ſolum ponit partum natum fuiſſe penes emptorem, ſupponit quidem conceptum fuiſſe apud debitorem; Ratio verò ob quam ibi Conſultus non directum ſed utile ſolum interdictum creditori concedit, ea eſt, quia ſcilicet directum Salvianum interdictum ſolum competit creditori in ratione expreſſi pignoris *§. adipiſcendæ 3. inſtit. de interdict.* ratione verò taciti pignoris ſolum utile interdictum creditori accommodatur, undè cum pignoratæ ancillæ partus tacitè vinculo pignoris tenetur, cujus apprehendendi cauſa non directum ſed utile Salvianum interdictum competit creditori ex *reg. l. 1. C. de precario.* docent Donell. *de pignor. cap. de pign. convent.* Bachov. *de pign. lib. 2. cap. 10.* Gottofred. *in dict. l. 29. §. 1. de pignor.* & alii quos ſequitur D. Amaya *3. obſer. cap. 1. & 2. n. 44. cum ſeqq.*

Poteſt etiam expendi difficilis textus *in l. potior 11. §. ſi de futura 3. qui potior. in pign.* Ubi ſi de futura pignoris obligatione agatur, ut de partu, aut fructu, ſufficit quod ancilla & prædium ſint in dominio debitoris conventionis tempore, ergo non eſt neceſſarium, quod tempore quo naſcuntur aut concipiuntur, ſit in dominio debitoris res ex qua concipiuntur, ergo & ſi creditoris non habuerit jus pignoris proventum, tamen in re prorſus aliena, ſcilicet in partu, aut fructu concepto & nato penes emptorem poteſt jus pignoris conſiſtere, creſcit difficultas ex obſtruſo Papin. reſponſo *in l. 1. §. cum prædium 2. de pignor.* Ubi cum prædium pignori daretur, nominatimque conveniſſet ut fructus etiam pignori eſſent, prædium debitor vendidit, ex quo emptor bona fide fructus percipit, quærebatur apud Papinianum an bonæ fidei emptor fructus quos percipit utili Serviana reſtituere cogendus eſſet; & reſpondet fructus conſumptos reſtituere non cogendum, non obſcurè indicans extantes fructus teneri reſtituere, quod & probare videtur Martian. *in l. ſi fundus 16. §. 4.* ibi: *nec extent de pignoribus.* Tunc ſic eſt ubi prædium erat alienum tempore perceptionis fructuum, & tamen fructus extantes vinculo pignoris tenentur: Ergo dicendum eſt de partu concepto, & nato penes emptorem, ac per conſequens in re prorſus aliena poteſt conſiſtere jus pignoris. His juribus coacti Cujac. *11. reſp. Papin. in dict. l. 1. §. 2. de pign.* & D. Amaya *ubi nuper. n. 38. cum duob. ſeqq.* quos ſequitur qoidam primarius ex noſtris anteceſſoribus *in academ. de pignorib. cap. 2. n. 31. cum duob. ſeqq.* Exiſtimant multum intereſſe inter expreſſam & tacitam fructuum obligationem, ita ut in tacita ſolum veniant fructus qui cœperunt fundi eſſe, acceſſionis tempore; quo prædium erat in dominio debitoris juxta *dict. l. 29. §. 1. de pignor. l. 3. C. in quib. cauſ. pign. tacit. contrah.* ex ea ratione quodcumque prædium non eſt id bonis debitoris, nec ejus acceſſiones poſſunt in cauſa pignoris incidere; at in obligatione ſpeciali fundi, ſi etiam ſpecialiter fructus, ex eo naſcituri obligati ſint, tunc & nati & ſeminati penes tertium poſſeſſorem in pignore remana-

bunt, extanteſque vindicari poterunt hypothecaria à creditore juxta *dict. l.* 1. §. 2. *l.* 16. §. 4. *de pign. dict.l.*11. §.3. *qui potior in pign.* & de his fructibus, partu, & titulo aiunt loqui Paul. *lib.* 2. *ſent. tit.* 5. §. 1. Dum ait quod fœtus vel partus ejus rei, quæ pignori data eſt, pignoris non tenentur, niſi hoc inter contrahentes convenerit, quod ad hoc, ut concepti & nati penes tertium poſſeſſorem in pignore remaneant, requiritur circa eos expreſſa conventio.

30 Si verò ab his interpretibus inquiras, qua ratione dominii defectus in debitore tempore quo fructus incipiunt acceſſiones fundi eſſe, obſiſtit tacitæ fructuum obligationi, non etiam obſiſtit expreſſæ, cum ſemper, ſivè de tacito, ſivè de expreſſo pignore agatur, verum ſit rei alienæ pignus nullum eſſe: Reſpondent fructus ſeminatos & collectos à tertio poſſeſſore venire in expreſſa fructuum obligatione, quamvis in aliis rebus dominii defectus in debitore impediat pignoris obligationem ex ſequentibus, nam primo fructus ſunt acceſſiones prædii, & ejus partes, dum terræ cohærent. *l. fructus* 44. *de rei vind.* & cum ipſa res principalis pignoris vinculo teneretur, facilius fuit, ut in expreſſa fructuum obligatione in cauſam pignoris caderent. Rurſus, nam debitoris facto creditoris jus mutari non poteſt *l.* 15. *C. de pignor.* Atqui negari non poteſt quod debitor qui rem & fructus obligavit alienando rem faciat contra bonam fidem, mutetque jus creditoris, quia ſi rem non alienaſſet, etiam in fructibus jus pignoris haberet creditor, & directam hypothecariam: Ergo nil mirum quod pignus ejus extendatur ad fructus, cum prædium eſſet in dominio debitoris tempore Conventionis, acquiſito etiam jure pignoris in re principali, tanquam in potiſſimo fundamento facilis fuit extenſio, ſeu interpretatio pignoris ad fructus qui perciperentur à tertio poſſeſſore. Deinde nam obligatio fructus, aut partus naſcituri recipit tacitam conditionem, ſi naſcuntur *l. & quæ* 15. *de pignor. l.* 73. *de verb. oblig.* Regulaturque prædicta obligatio quoad prioritatem non ex tempore, quo naſcuntur, ſed ex tempore quo conventio de pignore facta fuit argumento *l. qui* 9. *cum duob.* §. §. *ſeqq. l.* 11. *&* 12. *qui potior. in pign.* Atqui facta conventione de pignore quamvis ex eo tempore fructuum pignus non incipiat, non poteſt debitor jus pignoris quærendum immutare, & ideo ſi medio illo tempore alteri eandem rem pignori dederit, non tollit prioritatem primo creditori, cujus pignus exiſtente conditione, vel adveniente die ex poſt facto fuit confirmatum ex dictis juribus; ergo ſic per pignoris dationem factam ſecundo non potuit tolli jus pignoris acquirendum in fructibus poſtea natis ex tempore conventionis, concludendumque has rationes non efficere ut competat directa actio hypothecaria pro fructibus. Id etiam effici non poterat, quia deficit dominium in debitore tempore quo naſcuntur, conſequenterque deficit extremum habile ut detur retrotractio, effici tamen ut competat utilis hypothecaria ut ait Papin. *in dict. l.* 1. §. 2. *de pign.* quæ conſultorum interpretatio tunc datur, quoties magna adeſt æquitas, licèt aliquid ſubſtantiale ad ejus conſtitutionem deficiat, ut patet *ex dict. l.*1. *in fin. prin. de pignor. l. rem* 41. *de pign. act. l. cum res* 5. *C. hoc noſt. tit.*

Quam ſententiam & traditum diſcrimen inter expreſſam & tacitam fructuum obligationem non admitto, ſed indiſtinctè aſſero fructus ſeminatos & collectos à tertio poſſeſſore, & domino prædii pignorati nec in expreſſa nec in tacita fructuum obligatione venire, etiamſi prædium fuiſſet in bonis debitoris tempore conventionis; moveor ex eo, nam dominii defectus, qui impellit, ut in tacita fructuum obligatione veniant fructus à tertio poſſeſſore ſeminati & collecti *dict. l.* 29. §. 1. *de pignor.* impedit etiam ut veniant in expreſſa fructuum obligatione; neque etiam magis ex expreſſa quam ex tacita conventione poteſt res aliena vinculo pignoris adſtringi, nec directè, nec utiliter, ut probant textus omnes qui rei alienæ pignus abſolutè nullum eſſe ſupponunt; ſuadet etiam ipſa juris ratio, quæ efficit rei alienæ pignus nullum eſſe, ergo fructus ſeminati & collecti à tertio poſſeſſore, nec in tacita, nec in expreſſa fructuum obligatione veniunt. Accedit & illud, nam ea quæ tacitè inſunt, & ſi exprimantur, nihil operantur *l.* 3. *de legat.* 1. *cum vulg.* Atqui obligationi prædii tacitè ineſt obligatio fructuum directa *l.* 3. *C. in quib. cauſ. pign. vel hypoth. tac. contrah.* Ergo obligato prædio expreſſio obligationis fructuum nihil operatur. Tunc ſic: Sed in tacita fructuum obligatione non veniunt fructus ſeminati & collecti à tertio poſſeſſore, ergo nec veniunt in expreſſa obligatione fructuum, cum expreſſio, utpotè quæ tacitè ineſt, nihil debeat operari, nec aliud probant rationes, quas expendunt adverſarii; non prima, nam licet fructus ſint acceſſiones fructuum, vel prædii, tamen ex eo non infertur, ſecuta prædii alienatione fructus à novo domino perceptos pignori obligari, cum nunquam fuerint in dominio debitoris, ſed novi domini, cui juri fuerunt acquiſiti *l. qui ſit* 25. §. 1. *de uſur.* Rurſus ſi ex eo quod fructus ſunt pars prædii, inferretur eos à novo domino perceptos in expreſſa fructuum obligatione venire, ſequeretur etiam tacitam venire, hoc falſum eſt, ergo & illud ex quo ſequitur. Nec obſtat ſecunda ratio, nam licèt debitor, qui prædium & fructus obligavit, alienando prædium faciat contra bonam fidem, tamen id ſolum probat eum teneri creditori eo nomine actione pignoratitia contraria, non tamen fructus à novo domino perceptos jure pignoris teneri, cum nunquam fuerint in bonis debitoris. Rurſus ſi ea ratio aliquid probaret, ſequeretur non ſolùm in expreſſa, ſed in tacita fructuum obligatione venire fructus à novo domino perceptos, cum non minus in tacita quam in expreſſa verum ſit, quod ſi debitor prædium non alienaſſet, etiam in fructibus jus pignoris haberet creditor, & directa hypothecaria; ergo cum ea ratione non obſtante in tacita fructuum obligatione non veniant fructus à novo domino percepti, nec etiam venirent in expreſſa. 31

Nec etiam magis urget tertia & ultima ratio, 32
cui reſpondeo verum quidem eſſe fructuum obligationem recipere tacitam conditionem ex natura rei, ſcilicet ſi naſcantur, & regulari quoad prioritatem non ex tempore, quo naſcantur, ſed ex tempore quo conventio de pignore facta fuit, id tamen ita demum procedere ſi fructus prædii acceſſiones eſſe cœperint eo tempore, quo prædium in dominio debitoris erat, nam ad hoc ut de prioritate inter creditores quæratur, prius

eſt ot jus pignoris conſiſtat, quod in re aliena conſiſtere nequit. Quinimo licèt ponatur, fructus acceſſiones prædii eſſe eapiſſe tempore, quo prædium erat in dominio debitoris, tamen idem eſt dicere quoad prioritatem tegulari fructuum obligationem ex tempore conventionis, ac ex tempore quo naſcuntur, cum eandem tacitam conditionem habeat præciſè fructuom obligatio facta ſecundo creditori, quam habet obligatio primo facta, licèt regulariter non ex tempore, quo naſcuntur, regulanda eſt, ſed præciſè ex tempore conventionis, undè ad rem noſtram non ſpectant textus *in dict. l. 9. cum duobus §. 5. ſequentibus dict. l. 11. dict. l. 12. qui potior. in pignor.* in quibus ſi debitor rem quam primo creditori ſub conditione vel in diem obligaverat, ſecundo pure obligaverit, potior eſt primus creditor, cujus pignus exiſtente conditione, vel adveniente die ex poſt facto confirmatum fuit, namque in fructuum obligatione non poteſt hypotheſis iſta procedere, cum non poſſint fructus alicui creditori obligari ſinè tacita conditione *ſi naſcantur* ut notum eſt. Nec tunc obſtat argumentum ex his juribus deductum, ſcilicet, qood ſi per pignoris dationem factam ſecundo, non potuit tolli jus quærendum primi creditoris, multo minus per alienationem poterit tolli jos pignotis acquirendum in fructibus, nam ſunt hæc valdè diſſimilia, nam ubi res propria debitoris obligarur ſub conditione, habet etiam creditor ſpem illam obligationis conditionalis in bonis *l. is cui 42. de oblig. & act. cum ſimil.* & exiſtens conditio retrotrahitor ad tempus conventionis, unde datio pignotis pure facta ſecundo non poteſt tollere jus primi; at in præſenti ubi prædium non erat in bonis debitoris tempore, quo fructos ejus acceſſiones eſſe cæperunt, non poteſt locus retrotractioni eſſe, quia deficit habilitas tempotis exiſtentis conditionis; qua etiam ratione dicerem, quod ſi debitor pendente conditione ſub qua pignus dederat, rem pignoratam alienaſſet, & mox conditio extitiſſet, pignus evaneſceret, quia implendæ conditionis tempore res eſt aliena, licet eo nomine debitor creditori teneatur.

33 Evincitur ergò ex his, nec in tacitâ, nec in expreſſa fructuum obligatione venire fructus, qui eo tempore prædii obligati acceſſiones eſſe cæperunt, quo prædiom jam non eſt in dominio debitoris. Nec obſtant hoic doctrinæ textus ſanè difficiles expenſi *n.* 30. non textus *in dict. l.* 12. §. 3. *qui potior in pign.* Nam reſpondeo in eo Conſultum aſſerere quidem, quod ſi de futura re convenerit, ut hypothecæ ſit ut de partu aut fructibus, requiritur ancillam aut fundum in bonis debitoris eſſe tempore conventionis, non tamen negare, neceſſarium etiam eſſe ut partus vel fructus eo tempore acceſſiones eſſe incipiant rei principalis obligatæ; quo res ipſa ſit in bonis debitoris, hoc enim neceſſario ſupplendum eſt *ex dict. l.* 29. §. 1. *de pignor.* quam ſolutionem ſic explico, Quærit Conſultus ſi de partu, aut fructibus obligandis agatur, an requiratur ancillam, aut fundum eſſe in bonis debitoris tempore conventionis, ratio dubitandi hæc erat: Videbatur dicendum, id non requiri ex eo, quod non agirur de obligatione ancillæ aut fundi, ſed partus aut fructuum, ergo non requiritur ancillam aut fundum eſſe in bonis debitoris tempore, quo convenit, ut partus aut fructus hypothecæ ſint. Contrarium tamen decidit Conſultus, quia cum partus aut fructus ſint ancillæ, aut ſundi acceſſiones, neceſſariò requiritur res ipſas principales, ancillam aut fundum, licèt de his obligandis non agatur, eſſe in bonis debituris tempore conventionis, & hanc eſſe ſententiam hujus textus, vel ipſi etiam fateri tenentur adverſarii, nam ubi ancilla aut fundus pignori non obligatur, adhuc in eorum ſententia requiritur, ut fructus acceſſiones eſſe incipiant tempore, quo res principalis ſit in bonis debitoris, quia tunc cum deficiat res pignoris in re principali, quod aiunt eſſe potiſſimum fundamentum extenſionis ad fructus, deficit extenſio pignoris ad fructus à nuvo domino perceptos, utporè deficiente ejus extenſionis fundamento; ergo hic textus adhuc in ſententia contraria non probat in expreſſa conventione obligationis fructuum venire fructus à novo domino perceptos; ſed ſolum docet, quod etſi non agatur de obligatione ancillæ aut fundi, ſed ſolum de obligatione partus aut fructuum, neceſſum eſt ancillam aut fundum eſſe in bonis debitoris tempore conventionis.

Difficilior eſt textus *in dict. l. 1. §. cum prædium 2. de pignor.* ubi cum prædio pignori obligato nominatim conveniſſet, ut fructus quoque pignori eſſent froctus à tertio poſſeſſore percepti in hac obligatione veniunt. Verum omiſſis pluribus opinionibus reſpondeo Papinianum in eo textu loqui de fructibus perceptis non à novo domino, ſed à bonæ fidei poſſeſſore prædii obligati; coi non à debitore domino, ſed ab alio non domino ex juſta cauſa prædium traditum fuit; hic quidem bonæ fidei poſſeſſor fructus ſoos facit, tunc demum cum eos à ſolo ſeparaverit, ſeu perceperit *l. bonæ fidei* 48. *de acquir. rer. cum vulg.* antè ſeparationem ſeu perceptionem fructus utporè prædii *dict. l.* 44. *de rei vind.* ſunt debitoris, domini ſcilicet ipſius prædii, undè cum eo tempore quo acceſſiones prædii eſſe incipiant, prædium ſit in debitoris dominio, cedunt in pignoris obligationem, quæ non ideo extinguitur, quod mox bonæ fidei poſſeſſor fructuum dominium media perceptione acquiſierit, nec enim mutatio dominii cauſam pignoris ſemel utiliter conſtituti mutare poteſt *l. juſto* 44. *§. non mutat* 5. *de uſucap.* ut infra latius dicemus, itaque non ideo fructus in ſpecie hujus textus percepti à tertio poſſeſſore veniunt in obligationem, qood obligatio fuerit expreſſa, ſed quia acceſſiones fundi eſſe cæperunt tempore quo fundus fuit in dominio debitoris, quæ ratio eſt, ut venirent in tacitam fructuum obligationem. Et hanc eſſe ſententiam Papiniani liquet ex ipſo textu, qui non à domino ſed à bonæ fidei emptore fructus perceptos ait, & ea ratione docet bonæ fidei poſſeſſorem fructus extantes utili Serviana cogendum creditori reſtituere; dum negat eum teneri fructus conſumptos reſtituere. Per utilem vero Servianam; non utilem, ſed directam hypothecariam intelligo quam utilem Servianam Papinianus appellat, quod ad exemplum Servianæ fuit inducta *dict. § item 7. inſtit. de actionibus.* docet eleganter Faber. *in rat. poſth. ad dict. l. 1. §. 2. de pignorib.* 34

Cui interpretationi refragari videtur ipſe Papinianus in eo textu, qui ea ratione aſſerit bonæ fidei emptorem à creditore utili Serviana 35

fructus conſumptos reſtituere non cogendum, quia nunquam fuerunt in bonis debitoris; hæc verò ratio vel comprehendit extantes, vel falſa eſt circa conſumptos; quod ſic evinco, aut Papinianus loquitur de fructibus perceptis à novo Domino, aut de fructibus perceptis à bonæ fidei poſſeſſore? Si loquitur de perceptis à novo Domino, ratio illa comprehendit æquè extantes ac conſumptos, cùm certum ſit fructus extantes, nunquam debitoris, ſed ſemper novi Domini fuiſſe jure ſoli, *dict. l.* 25. §. 1. *de uſur.* non minùs quam conſumptos. Si loquitur de fructibus perceptis à bonæ fidei poſſeſſore, ratio illa falſa eſt etiam circà conſumptos, cùm certum ſit fructus conſumptos æquè ac extantes aliquando fuiſſe in dominio debitoris, ſcilicet cum prædii acceſſiones eſſe cœperunt, & antequam à bonæ fidei poſſeſſore perciperentur, ergò ne dicamus rationem à Papiniano adductam falſam eſſe, dicendum potiùs eſt, eum loqui de fructibus à novo Domino perceptis, ut ſic ea ratio etiam fructus extantes comprehendat, & de conſumptis reſpondiſſe, quia de eis ſolùm fuerat Conſultus, rationem tamen generalem præſtitiſſe, ut oſtenderet idem de extantibus fuiſse reſponſurum, ſi de eis Conſultus fuiſset, quomodo eum textum intelligunt Accurſ. Bartol. Baldus & alii antiquiores quos ſequitur. Faber *de errorib. dec.* 93. *err.* 23. ſuccumbit difficultati, & verbum *conſumptos*, tribuit imperito Interpreti, quæ interpretatio refutatione non indiget.

36 Reſponſum ergò eſt Papinianum loqui de fructibus perceptis à bonæ fidei poſſeſſore. Nec obſtat ſuperiùs argumentum, nam ratio illa qua utitur Papin. ſcilicet, quod fructus nunquam fuerunt in bonis debitoris ſi ſubtiliter accipiatur ſolùm convenit conſumptis, non verò comprehendit extantes; ſic itaque explicandum eſt: ideò fructus extantes percepti à bonæ fidei poſſeſſore debent reſtitui, & intelliguntur oppignorati, quia eo tempore prædii acceſſiones eſſe cœperunt, quo prædium eſt in dominio debitoris, nec per dominii mutationem potuit mutari jus pignoris; conſumptos verò fructus non tenetur bonæ fidei poſſeſſor reſtituere, quia licèt verum ſit eos fuiſſe in bonis debitoris, cum prædio inhærebant, ut potè ejus partes poſt ſeparationem, ſequuta conſumptione irrevocabiliter acquiruntur bonæ fidei poſſeſſori, *l. quæſitum* 40. *de acquir. rer. l.* 4. §. *Lana* 19. *de uſucap.* §. *ſi quis à non Domino* 35. *inſtit. de rer diviſ.* ita ut jure dici poſſit, eos nunquam fuiſſe in bonis debitoris, poſtquam à ſolo fuerunt ſeparati, quod de exiſtentibus dici non poſſit, cum poſſit eos Dominus vindicare, *l. certum* 22. *C. de rei vind.* Undè ex eo quod poſt conſumptionem apparet fructus, poſtquam fuerunt ſeparati, nunquam debitoris fuiſſe, infert Papinianus eos bonæ fidei poſſeſſorem non teneri creditori pignoratitio reſtituere, quia jus pignoris quæſitum in his fructibus, cum prædii acceſſiones eſſe cœperunt, extinguitur per irrevocabilem dominii acquiſitionem productam ex conſequenti. Verùm argues in Papin. uſucapione aut mutatione Dominii non extinguitur jus pignoris ſemel utiliter conſtitutum: ergò nec conſumptione debet extingui, ſed huic objectioni quæ deducitur ex conceſſa ſententia Papiniani, ideò conſumptione perimi jus pignoris non autem uſucapione, quia perimitur ipſum pignus, nec ampliùs remanet in rerum natura: ergò nil mirum, quod deficiente ſubjecto, deficiat jus pignoris, quod eſt qualitas; at mutatione dominii per uſucapionem non perimitur res, conſequenterque remanet qualitas pignoris, quæ nihil cum dominio commune habet. Docet Cujac. 11. *reſp. Pap. in dict. l.* 1. §. 2. eodem modo intelligo textum in *dict. l.* 16. *de pign.* vidend. Bachov. 2. *de pign. cap.* 11. qui contrà Fabrian. *deciſ.* 93. *err.* 1. *cum ſequentibus*, latè diſputat.

Deniquè contra ſuperiorem doctrinam, ſic 37
argui graviter poteſt: ſi res pignori data fuerit à debitore alienata jus pignoris extenditur ad acceſſiones, ſeu meliorationes factas à novo Domino: ergò pariter pignori obligato prædio jus pignoris extendi debet ad fructus à novo Domino perceptos, probatur ex vulg. textu in *l.* 29. §. *domus* 2. *de pignor. l. cum* 44. §. 1. *de damn. infect.* Ubi ſi domus pignori data exuſta ſit, eamque aream emerit aliquis à debitore, & conſtruxerit, jus pignoris extenditur ad ædificium quod præcisè jus ſoli ſequi debet. Quam doctrinam latè fundat D. Amaya in *l.* 2. *C. de ann. & trib. lib.* 10. & adverſariorum objectionibus dexterè occurrit. Huic tamen difficultati reſpondeo multum intereſſe inter ædificium factum à novo Domino in area obligata & inter fructus à novo Domino perceptos, nam ædificium factum in area pignorata ſemper eſt, & durat pars pignoris, & ſic areæ pignoratæ cauſam ſequitur, quia area ſine ædificio vindicari non poteſt à creditore, undè neceſſarium eſt jus pignoris extendi ad ædificium; at fructus licet dum pendent ſint pars prædii, tamen ſeparati non ampliùs pars prædii dici poſſunt, & rectè poteſt creditor prædium ſine fructibus vindicare; undè cum acceſſiones prædii eſſe cœperint, cum prædium non eſt in bonis debitoris, nec jam poſt ſeparationem aut perceptionem, pars prædii ſint, ſtat optimè ad eos jus pignoris non extendi, ut potè ceſſante cauſa extenſionis, neceſſitate ſcilicet, quæ areæ pignus extendit ad ædificium, in ea à novo Domino factum.

Ulteriùs rei alienæ pignus adhuc contra 38
Dominum conſiſtere probari videtur ex difficili textu in *l. ſi poſt* 18. *de rei vind.* ubi bonæ fidei poſſeſſor ſervi, qui poſt litis conteſtationem uſucapionem implevit, & poſtea condemnatus fuit ad reſtitutionem in vindicationis judicio, tenetur præſtare cautionem de dolo, quia periculum eſt, ne ſervum manumiſerit, vel pignori dederit, atqui ſequuta condemnatione apparet ipſum non fuiſſe Dominum, remque vindicantis oppignoraſſe, ergò rei alienæ pignus tenet in præjudicium Domini, aliàs neceſſaria non eſſet cautio de dolo, propter periculum pignoris, quod contra Dominum valere non poterat, ut fatetur Conan. *lib.* 3. *comm. cap.* 15. Cui difficultati reſpondeo, ideò adhuc condemnato debitore propter periculum pignoris neceſſariam eſſe cautionem, quia ſententia lata contra debitorem non præjudicat creditori, ſi eo ignorante lata fuit, *l. ſi ſuperatus* 3. *de pign. ex regul. in dict. l. ſæpè* 63. *de re jud.* itaque quamvis Dominus in *dict.*

l. 18. habeat vindicatioocm, tamen quia poteſt opponere de pignote creditor, cum ſententia non præjudicat, ideò ratione hujus periculi cautio expoſtulatur, quia minus eſt actionem habere quam rem, *l. minus* 204. *de reg. jur.* Docent ita Cujac. 20. *quæſt. Papin. in dict. l.* 3. *de pign.* Pett. Fab. 2. *ſemeſt. cap.* 17. Bachov. 2. *de pign. cap.* 3.

39 His tameu opponitur textus in *dict. l.* 1. §. *eam rem* 2. *quæ res pign.* Ubi docemur rem religioſam pendente judicio pignori obligari non poſſe, atqui in *dict. l.* 18. Bonæ fidei poſſeſſor lite peudente ſervum petitum rei vindicatione pignori obligavit, ergò pignus hoc tanquam rei litigioſæ valete non potuit. Huic difficultati diverſimodè occurrunt Interpretes, Faber in *rat. ad dict. l.* 18. exiſtimat ideò pignus rei litigioſæ in eo textu adhuc contra Dominum conſiſtere, quia debitor jam Dominus effectus per uſucapionem rem pignori dedit, & propter periculum pignotis neceſſariam eſſe cautionem; quæ ſolutio placuit D. Gonzal. *ad tex. in cap.* 3. *&* 4. *ut lite pendente num.* 14. Verum mihi diſplicet ex eo, quod uſucapio poſt litem conteſtatam contingens, condemnato mox poſſeſſore, ſeu declatato nòn Domino reſcinditur, ſeu reſolvitur, ot conſtat *ex dict. l.* 18. *de pign. & ex §. ſi ad exhibendum* 3. *inſtit. de off. jud.* reſoluto vero dominio debitoris, in conſequentiam pignus quoque reſolvitur *ex reg. l.* 31. *de pign.* Undè textus in *dict. l.* 18. accipiendus eſt juxtà dicta *num. anteced.* nec tunc obſtat textus in *dict. l* 1. §. 2. nam jure Digeſtorum ubi res litigioſa alienatur ſi pignori obligatur, poſſidenti competit litigioſi contra emptorem ſeu creditorem, qui ſciens eam emit, vel pignori accepit, *l.* 1. *digeſt. de litig. in l.* 18. cùm poſſeſſor ſervum petitum pignori obligaſſet, non potuit actori competere exceptio contta creditorem. Rursùs opponi poteſt creditorem ignoraſſe rem, quam accepit, litigioſam eſſe, ut ſic litigioſi exceptioni locus eſſe non potuerit. Latiùs de prohibita alienatione ſeu oppignoratione rei litigioſæ, agunt D. Gonzal. & ab eo relati *ad tit. in cap.* 3. *&* 4. *ut lite pend.* qui conſulendi etunt circa rem hanc quæ ad nos non ſpectat.

40 Licet declarato poſſeſſore non Domino pignus extinguitur in *dict. l.* 18. tamen quia ſententia lata adversùs eum non præjudicat ignoranti creditori, & Domino rem vindicanti poteſt opponere de pignote creditor ratione hujus petìculi, ſcilicet propter ſumptus, litis cautio expoſtulatur, quæ doctrina probatur ex eleganti deciſione Papiniani in *l. ſi ſuperatus* 3. *de pign.* ubi victo debitore in vindicationis judicio creditori ſervatur actio ſerviana, & pariter victo debitore in judicio petitionis hæreditatis neglecta hæreditate dicta ſententia causâ pignoris inſpicienda, quia res judicata non alii nocere debet, quam eis inter quos judicatum eſt, *l. ſæpè* 63. *de re jud. l.* 1. *de except. rei jud. cum vulg.* Neque quod creditor à debitore cauſam habeat, nocere ipſi debet, cùm fieri poſſit, ut pignus rectè ſit acceptum, & tamen à debitore malè lis inſtituta, quapropter ſi creditor probaverit rem in bonis debitoris fuiſſe, eo tempore, quo pignus contrahatur, obtinet in actione Serviana neglecta ſententia lata adversùs debitorem. Nec obſtat, quod ſententia lata contra hæredem ſcriptum nocet legatariis, nam jus legatariorum pendet omninò ex jure Titii, jus verò creditoris non pendet ex jure & dominio debitoris, quia etſi poſt pignoris conſtitutionem debitor dominium rei ſuæ amittat, ea res non nocet creditori, *l.* 44. §. 5. *de uſucap.* Docent Cujac. 20. *quæſt. Papin. in dict. l.* 3. & Faber *in rat. poſt. ad eum textum.* Hæc in creditore pignorante procedunt, ſi verò debitor egerit, ſciente creditore ſententia lata contra debitorem etiam creditori præjudicat, *l.* 63. *verſ. ſcientibus de re jud. l.* 4. §. *idque ita* 4. *de appell.* ſcilicet, ſi ideò debitor victus ſit, quia malam cauſam haberet, ſi verò victus ſit alia de cauſa; ſententia creditori licet ſcienti, & intervenienti non obeſt, id autem duobus modis continget qui proponuntur in *l. ' ræſes* 5. (. *de pign.* qui textus ut animadvertunt Donellus in eo & Cujac. 11. *reſponſ. Papin. in l.* 29. *de except. rei jud.* præcisè accipiendus de creditore ſciente & interveniente, & ſic conciliandus cum *dict. l.* 3. *Dig. eod.* Primus eſt, ſi creditor colluſerit adverſario, & per colluſionem victus ſit, tunc ideò ſcientia non nocet ſcienti creditori, quia colluſio apertè declarat rem in bonis fuiſſe; ſecundus eſt, ſi debitor ideò victus ſit, quia ſit ſubmotus præſcriptione, id eſt exceptione aliqua ex ejus facto nata, non ex jure rei, veluti exceptione rei judicatæ aut longi temporis, aut pacti conventi, ut ecce ſi debitor rem ſuam perſecutus ignorante creditore victus ſit, & mox petens interveniente creditore ſubmotus ſit exceptione rei judicatæ, neutra ſententia creditori nocebit, non prior, quia eo ignorante lata eſt; non poſterior, quia etſi eo ſciente lata eſt, tamen debitor ob factum ſuum exceptione ſubmotus eſt, pariter ſi debitor paſſus ſit rem uſucapi à poſſeſſore, aut ſi pactus ſit cum poſſeſſore, ſe ab eo non petiturum, & rem poſtea petens interveniente creditore victus ſit, quia ſubmotus ſit exceptione longi temporis, an pacti, ſententia non nocet creditori, quia hæ omnes exceptiones poſſeſſori competunt, non ex eo quod debitor Dominus non eſſet, cum rem pignori dederit, ſed ex debitoris facto, quod poſtea ſecutum eſt, quodque creditori nocere non debet, ex regula *l. factum* 155. *de reg. jur.* Docet eleganter Donellus *in dict. l.* 5. *C. de pignor.*

Superiùs dicta locum habent cum pignoris 41
conventio, ſententiam adversùs debitorem latam præceſſit, quo caſu ideò ſententia non nocet creditori, quia dici non poteſt eum in locum victi debitoris ſucceſſiſſe, cùm jus pignoris anterius ſit, ut eleganter ratiocinatur Papinianus in *l. judicata* 29. §. 11. *ſi debitor* 1. *de except. rei jud.* ſi verò debitor poſtquam rem ſuam petierat, & in judicio licèt per injuriam victus fuerat, eam pignori obligaverit, tunc ſententia, quia pignoris conventio præceſſit, nocet Ignoranti creditori, qui ſi Serviana actione experiatur, ſubmovetur exceptione rei contra debitorem judicata, *dict. l.* 3. §. *per injuriam* 1. *de pign. l.* 11. §. *fin. de except. rei jud.* cujus rei ratio provenit ex eo, quod non poteſt plus juris habere creditor in re ſibi obligata, quam habuerit is, qui pignori dedit, ot ſæpè dixi, atqui nihil juris habeat debitor

Digitized by Google

eo tempore quo pignus dabat, quia jam pronunciatum erat, eum dominum non eſſe; res enim judicata pro veritate habetur *l. ingenuum 25. de ſtat. hom. l. res 207. de R. J.* Ergo rei judicatæ exceptio, quæ debitori noceret, ſi eum rem vindicaret, creditori etiam nocere debet, cum in jus condemnati debitoris ſucceſſerit, nam ea eſt ejus exceptionis natura, ut competat etiam contra ſucceſſorem condemnati *l. ſi à te 9. §. fin. dict. l. 11. §. ſi ergo 9. l. 28. de except. rei jud.* cum non perſonalis, ſed potius in re ſit *l. exception. 7 §. 1. de except.* Nec tunc obſtat quod adhuc victo & condemnato debitore nullum jus in ea re habebat, & ideo nullam propriam actionem exercere poſſit, cum non ex eo, quod pronunciatum ſit, debitorem dominum non eſſe, ſequatur poſſeſſorem dominum non eſſe *l. ſi inter 15. de except. rei jud.* nam ut eleganter huic objectioni reſpondet Papin. *in dict. l. 3. de pignor.* non quid juris in ea re poſſeſſor non habet, ſed quid debitor habuerit eo tempore quo pignus habebat conſiderandum eſt; jus enim creditoris non pendet ex non jure poſſeſſoris, ſed potius ex jure debitoris, cumque ratione rei judicatæ nihil juris in ea re debitor habeat, licet enim nullum jus habeat poſſeſſor, ſequitur nullum jus habere creditorem, & rei judicatæ exceptione ſubmovendum eſſe docet Faber. *in rat. ad. dict. l. 3. §. 1. de pign.*

42 Opponi tamen poſſunt huic doctrinæ textus *in l. an vitium 5. §. ex facto l. 12. de diverſ. & temp. præſcript. l. ſi à creditore 7. & ult. de oblig. & act. l. 1. & 2. C. ſi adverſ. credit. præſcript. oppon. l. ſi 79. de evict.* quibus pignoris perſecutio tollitur, & extinguitur per præſcriptionem longi temporis, ergo multo majori ratione debet extingui per uſucapionem. Cui difficultati Cujac. 11. *reſponſ. Papin. in dict. l. 44. de uſucap. & in dict. l. 1. C. ſi adverſ. credit.* & alii quos referunt & ſequuntur Meſa 1. *var. reſolut. cap. 47. præcipuè n. 15. & 16.* Olea *de ceſſion. jur. lib. 5. quæſt. 1. n. 12.* & D. Reres *in academ. de uſucap. 1. part. n. 8.* reſpondent inter uſucapionem & longi temporis præſcriptionem, aiunt enim per uſucapionem per quam eo jure, quod viguit antè inſtitutionum conſtitutionem *in l. un. C. de uſucap. transf.* res mobiles anno, immobiles vero biennio ex lege decemvirali uſucapiebantur, pignus non extingui, quia uſucapio tota fertur ad dominium quod nihil commune habet cum obligatione ipſius rei, ſed tamen per longi temporis præſcriptionem quæ jure digeſtorum locum habet in his rebus quæ per uſucapionem acquiri non poterant ex defectu poſſeſſionis, vel dominii Quiritarii, aut alterius requiſiti, pignus extingui juxta textus nuper expenſos; concludunt itaque dicentes jus hypothecæ non poſſe uſucapi ex defectu poſſeſſionis, poſſe vero præſcribi longo tempore, quia præſcriptio non requirit poſſeſſionem.

Sed ſalva tantorum virorum pace, melius
43 hanc rem intellexiſſe puto Donell. *in dict. l. 7. C. de pignor.* qui ſubtiliter aſſerit pignus nec per uſucapionem, nec per longi temporis præſcriptionem extingui jure digeſtorum inſpecto, nec etiam hodie per uſucapionem rei immobilis decem aut viginti annis poſſeſſæ finiri, quod probat, tum ex eo, quod ratio qua Papin. *in dict. l. 1. §. 2. de pignor. & in dict. l. 44. §. 5. de uſucap.* defendit, uſucapionem ſupervenientem non extinguere pignus, non minus pertinet ad præſcriptionem quam ad uſucapionem, nam non minus conjungitur pignus jure quæſito per præſcriptionem aut dominio quæſito per hodiernam uſucapionem rei mobilis, quam dominio acquiſito per veterem uſucapionem: Tum ex eo, quod alienatio facta à debitore non extinguit pignus, ut jam diximus, atqui uſucapio ſeu præſcriptio eſt alienationis ſpecies *l. 28. de verb. ſignif.* Ergo indiſtinctè, nec per veterem præſcriptionem, nec per hodiernam uſucapionem pignus extinguitur. Nec tunc obſtant textus in argumento allati, nam & acutè ratiocinatur Donellus cum dicimus nec per veterem præſcriptionem, nec per uſucapionem, qua hodie utimur, pignus extingui, hoc dicimus, ſcilicet, ſilentium debitoris, qui paſſus eſt rem ſuam præſcribi, aut uſucapi, creditori non nocere ad pignus illius extinguendum, fatemur tamen præſcriptionem longi temporis ortam ex ſilentio diuturno creditoris ei obeſſe pignus perſequenti juxta textus ſic intelligendos *in dict. l. 5. §. 1. & in dict. l. 12. de diverſ. & tempor. præſcrip. cum ſimil.* Nam quemadmodum iniquum foret ſilentium debitoris, creditori nocere, ſic æquum eſt creditoris proprium ſilentium ei obeſſe. Unde fieri poteſt ut res præſcribatur, aut per longum tempus uſucapiatur, ſalva manente pignoris cauſa, cum ſcilicer interveniret ſilentium ex parte debitoris, creditor verò non ſileret, ſed poſſeſſionem rei ſibi obligatæ interpellavit, quo caſu præſcriptio debitorem curſum repetit ex regula textus *in l. cum 7. §. imo 5. C. de præſcript. 30. vel 40. ann.* vel etiamſi res pignori obligata fuit paulo antè perfectam uſucapionem, puta tribus aut quatuor annis, pariter ex contrario fieri poteſt, ut jus hypothecæ præſcribatur contra creditorem, cum res ſit præſcripta aut uſucapta contra debitorem, ſi ſcilicet creditor diu ſiluerit, debitor verò interpellaverit poſſeſſorem, quod ſi ſilentium diuturnum creditoris cum ſilentio diuturno debitoris concurrat, utique præſcriptio longi temporis obſtabit, & unicuique proprium ſilentium nocebit, & debitori dominium vindicanti, & creditori pignus perſequenti, ut ſic verum ſit nunquam ſilentium debitoris creditori nocere. Quibus illud attendendum, quod cum agitur de inducendæ hypothecæ præſtatione propter creditoris ſilentium, multum intereſt, an ipſe debitor principalis, an verò alius tertius pignus poſſideat, nam debitor, vel ejus hæres non niſi longiſſima 40. annorum præſcriptione juvatur *dict. l. 7. §. 1. C. de præſcript. 30. vel 40. annor.* Tertius verò poſſeſſor decennii inter præſentes & vicennii inter abſentes præſcriptione tutus eſt *in dict. l. 1. & 2. C. ſi adverſ. credit. præſcrip. cum aliis.* Niſi mala fide poſſideat, nam triennii lapſus exigitur juxta textum ſic intelligendum in *dict. l. 7. C. de præſcript. 30. vel 40. annor.* docent Cujac. *dict. l. 7.* & Meſa 1. *var. reſolut. cap. 47. n. 1. cum duob. ſeqq.*

Opponi etiam poteſt ſuperius dicti textus *in* 44
l. hominis 2. de uſu & uſufruc. leg. ubi docet Papinianus: Quod ſi operæ ſervi ſint alicui in titulo legatæ, uſucapto ſervo extinguitur legatum operarum, tunc Sic en ubi uſucapio extinguit legatum operarum: Ergo pariter extin-

guere

guere debet jus pignoris; cui difficultati reſpondeo maximum eſſe diſcrimen inter pignus & operas ſervi alicujus debitas; is namque, cui res pignori obligatur, acquirit jus in ipſa re, quod eam ſequitur, ad quemcumque poſſeſſorem pervenerit; at vero is, cui operæ ſervi promiſſæ aut legatæ ſunt, non acquirit jus in re, ſed ſolum jus ad rem, & actionem perſonalem adversùs promiſſorem aut hæredem, quæ ſolum perſonam obligati afficit, non ſervum contentum in obligatione, ut probat ab argumento textus *l. 3. §. ſi quis 8. de ſtat. lib.* Qua ratione operas non debet ipſe ſervus, qui eas præſtaturus eſt, ſed dominus qui eas promiſit, aut hæres à quo legatæ ſunt, quod à ſimili ſuadetur ex eo quod qui fructus aliquos promittit aut legat cum deſignatione fundi, non conſtituit jus aliquod in fundo, ſed ipſe tantum remanet obligatus perſonaliter *l. ult. §. ult. de contrah. empt. l. 12. de ann. leg.* junct. Cujac. 24. *obſerv. cap.* 22. Donell. 9. *comm. cap.* 21. ubi Oſſuald. *litt. L.* ſic ergo pariter operis ſervi promiſſis aut legatis, nullum jus in ſervo conſtituitur, ſed ſolum ex ea cauſa competit actio perſonalis. Qua ratione conſtat operas ſervi inter ſervitutes non numerari, ut docet Cujacius 17. *Quæſt. Papin. in dict. l. 2. de uſufr. leg.* & Oſſuald. 10. *cap.* 21. *litt. B.* undè licèt per uſucapionem non extinguatur jus pignoris, utpotè rem ipſam afficiens, extinguuntur tamen operæ, quia actio perſonalis, quæ ex earum promiſſione, aut legato reſultat, rem non ſequitur, ſed ſolum competit contra obligatum, & ejus hæredem, *ex regula l. 25. de oblig. & act.* docet Cujac. 15. *quæſt. Papin. in dict. l. 7. & lib.* 19. *obſerv. cap.* 23.

45 Ex eadem ratione fluit quod jus pignoris conſtitutum ab uno ex ſociis ex parte propria pro indiviſo adhuc poſt factam ſolutionem ſeu adjudicationem judicio familiæ erciſcundæ aut communi dividundo retinetur in eadem parte pro indiviſo *l. ſi 7. §. 3. quibus mod. pign. ſolv. cum aliis.* Quod ut clarius intelligatur ſciendum eſt, ſocium poſſe partem ſuam, quam habet in re communi pro indiviſo creditori pignori obligare, non verò ſocii partem *l. 2. C. comm. divid. l. un. C. ſi comm. res pign.* nam ſocius facere poteſt in parte quam habet in re communi omne quod voluerit, dummodo id poſſit facere quin eo, quod tangat partem alterius *l. ſi ſocius 16. de reb. cred. l. nemo 68. pro ſocio*, partem verò ſuam pro indiviſo dum pignori dat, non tangit partem alterius ſocii, quæ pro indiviſo manet libera, & nullo pignoris vinculo adſtricta; ſed tunc ſic acutè replicabis, pignus eſt individuum *l. rem 65. de evict. l. in executione 85. §. item. 6. de verb. oblig.* ergo non poteſt conſtitui in parte pro indiviſo, ac per conſequens ſocius non poteſt partem ſuam pro indiviſo pignori obligare, aſſumptum fulcitur ex eo, nam quia ſervitus eſt individua & individuam cauſam continet *l. 7. §. ex his 2. l. ſtipulatus 72. de verb. oblig.* nec poteſt conſtitui pro parte indiviſa, nec à ſocio pro parte ſua pro indiviſo *l. ut 8. §. 1. l. pro parte 11. l. 17. de ſervit. l. 11. & 34. de ſervit. ruſtic.* ergo idem de pignore dicendum eſt. Verum pro ſolutione dico maxime diſtare individuitatem pignoris ab individuitate ſervitutis. Qua ratione poteſt quis non ſolum totam rem ſed & partem indiviſam pignori dare *l. ſicut 8. §. ſi convenerit 3. cum ſeq. quibus mod. pign. ſolv.* ſed ſolum eſt individua in liberatione ſive in toto ſive in parte fuerit conſtituta, quia donec totum debitum ſolvatur, etſi pars ſoluta fuerit, manet pignus in tota re obligata *dict. l. 85. §. 6. de verb. oblig.* cum ſubſtantia pignoris ſolum referatur ad nexum & obligationem ſine relatione ad majorem vel minorem quantitatem, quare rectè poteſt ſocius partem ſuam pignori dare cum non tangat partem ſocii, nec pignoris obligatio ſit individua reſpectu rei; at ſervitus ſua natura individuæ non reſpectu rei, quia continet nudum factum utendi, eundi aut agendi, quod ſui natura individuum eſt, *l. uſus pars 19. de uſu & habit.* unde in indiviſa non poteſt conſtitui, & conſequenter nec eſſe ſocio in ſua parte pro indiviſo, docent & late proſequuntur Duar. & Donell. *in dict. l. 72. de verb. oblig.* idem Donell. 11. *cap.* 9. ubi Oſſuald. *litt. F.* Valent. 2. *tract.* 4. *cap.* 5. *per tot.* Cheſius *interpret. cap.* 50. *ex n.* 13.

46 Quibus poſitis ſi ſocius partem ſuam quam habet in re communi pro indiviſo obligaverit pignori, quamvis poſtea familiæ erciſcundæ, aut communi dividundo judicio, diviſio facta ſit, & unicuique ex dominis ſua pars ſit adjudicata, adhuc tamen tota dimidia pars pro indiviſo manet obligata & ita dimidia pars utriuſque partis diviſæ, quæ unicuique obvenit pignoris vinculo tenetur *dict. l. 6. §. 8. comm. divid. l. ſi fratres 7. C. comm. utriuſq. jud. l. 11. & fin. de diſtract. pign.* cujus rei ea eſt ratio, nam pars pro indiviſo fuit obligata, quæ diffuſa erat in tota re & quæ ſenſibus percipi aut digito demonſtrari non poterat *l. ſervus 5. de ſtipul. ſerv.* diviſio verò vel adjudicationis pignoris in parte diviſa conſtitutum extinguere non poteſt, nec enim pignus extinguitur aut minuitur ex eo quod debitor totius rei obligatæ, aut partis ejus dominium amiſerit, ut ſupra diximus, unde explorandus venit Papinianus *in l. 3. §. fin. Qui potior. in pign.* ubi frater qui partem pro indiviſo pignori obligavit diviſione facta, ut de indemnitate caveret, alteri fratri, cujus partis dimidia pars manſit obligata poſt diviſionem ex jam dictis cum eo convenit, ut ſi ipſi non liceret dimidiam partem pro indiviſo partis diviſæ ſibi adjudicatæ diſtrahere, atque ita fratri ſuo partem dimidiam ſuæ partis pignori obligavit, permiſſa enim diſtractio ejus partis eſt argumentum contracti pignoris, & aſſerit Papinianus in hoc pignore potiorem eſſe fratrem primo creditore, cum tamen certum juris principium ſit priorem tempore potiorem eſſe jure *l. ſi 4. C. qui potior. in pign.* & nimirum quia frater obligavit alteri fratri, non quidem eam dimidiam partem pro indiviſo quam obligavit primo creditori, ſed aliam dimidiam partem partis ſuæ liberam, quæ ſibi obvenit, ex eo quod antè diviſionem pars pro indiviſa libera manſit, quamque nec pignoravit, nec pignorare potuit primo creditori invito altero fratre ex regula *l. un. C. ſi comm. res pign.* & frater cui obligata fuit non tam potior, quam ſolus habetur in ea parte, ut alias dixit idem Papinianus *in dict. l. 2. in fin. qui potior. in pign.* explicant ſic hunc textum poſt Accurſ. Cujac. 11. *reſponſ. Papin.* Bachov. *de pign. lib.* 3. *cap.* 2.

47 Ex qua ſuppoſitione facilè intelligitur difficilis aliàs textus *in l. ſicut 8. §. ſi 3. quib. mod.*

pign. vel hypoth. ſolv. ubi pacto interpoſito inter creditorem & debitorem ne pars dimidia pro indiviſo pignori eſſet, ſi ab aliquo pars rei poſſideatur; non poteſt ab eo peti dimidia cum relatione ſcilicet ad totum prædium obligatum, quia dimidia pars ejus quæ poſt pactum obligata manſit, diffuſa erat in toto prædio, & ita non poterat tota dimidia peti à partis poſſeſſore, niſi pariter à compoſſeſſoribus peteretur; poteſt tamen ab eo dimidia pars poſſeſſæ partis peti, ut contendunt hunc textum intelligendum Fulgoſius *in eo* & Bachovius 3. *de pign. cap.* 2. pendet etiam ex ſupradictis textus ad rem elegans *in l. is qui* 31. *de uſu & uſufr. leg.* ubi is qui fundum communem habebat, uſumfructum fundi uxori legavit, poſt mortem teſtatoris ejus hæres egit communi dividundo judicio & arbiter in hanc rem ſumptus fundi inter ſocios certis regionibus diviſit. Trebatius reſpondet mulierem ejus tantum partis quæ hæredi obtigiſſet uſumfructum habituram, at Trebatium Labeo merito reprehendit, & decidit adhuc poſt diviſionem mulierem partis dimidiæ pro indiviſo totius fundi uſumfructum habituram, perindè ac ſi diviſio non interceſſiſſet, nam arbiter inter alios judicando non potuit alterius jus mutare hoc eſt, uſusfructus molieri quæſitus erat pro indiviſo. Conſtat itaque ex hoc textu per adjudicationem ſeu diviſionem non mutari uſusfructus, quemadmodum nec mutatur jus pignoris; conducit ab argumento textus *in l. cum in fundo* 78. *§. ſi fundus* 4. *de jur. dot.* docent Cujac. *in recit. ad textum in dict. l.* 31. *de uſufruct. leg.* Bachov. 3. *de pign. cap.* 12.

Sed opponuntur textus *in l. Julianus* 13. *§.*
48 *idem* Celſius 17. *de act. empt. & in l.* 7. *§. ſi debitor ult. comm. divid.* ubi venditor, qui partem pro indiviſo vendidit, liberatur tradendo partem ſibi adjudicatam, & tamen per diviſionem præjudicatur emptori, qui partem pro indiviſo emit; ergo pariter diviſio rei pignoratæ debet præjudicare creditori, cui difficultati facilè reſpondetur ex doctrina Bartoli quam ſequuntur Caſtrenſis & Faber. *in ration. dict. §.* 15. & D. Larreateg. 4. *ſelect. cap.* 5. *n.* 3. *cum ſeq.* & propriè accedit hucusque dictis de natura pignoris; per pignus enim obligatur res creditori, ut ſæpius dixi, ipſe jus in re acquirit adverſùs quemcumque poſſeſſorem *l.* 16. *§. in vindicatione l.* 17. *de pignor.* ergo ſemel facta oppignoratione partis pro indiviſo non poterit tolli creditori jus in re pro indiviſo, adjudicatione poſtea ſecuta *dict. l.* 7. *§. fin. quib. mod. pign. ſolv.* habetque creditor actionem in rem pro parte indiviſa contra conſocium cui pars aſſignata fuit *dict. l.* 3. *§. fin. qui potior. in pign. cum ſimil.* quia pars pro indiviſo in toto fundo diffunditur, at per venditionem ſola perſona venditoris obligatur, & ita non poteſt emptor contra conſocium habere actionem, quia perſonalis obligatio non tranſit in poſſeſſorem *l. ult. §.* 1. *de contrah. empt. l.* 1. *§.* 16. *ad Trebel.* nec aliam habebit actionem ad intereſſe contra venditorem, quia ipſe vendidit quod habebat, partem ſcilicèt ſubjectam diviſioni, & quemadmodum incommodum rei venditæ ſequitur emptorem *l. id quod* 7. *de peric. & comm. rei vend.* ita & commodum *ex tot. tit. de peric. rei vend.* ut accidit in eadem ſpecie *dicti §.* 17. *in prin.* in quo ſi totus fundus adjudicatus fuerit venditori, præſtandus eſt emptori, quia pars beneficio alterius partis acceſſit, & emptor ſolvere tenebitur, quod ad adjudicationem condemnatus fuerit venditor, eam conſociu ſolvere. Idem ferè dicitur *in dict. l.* 7. *§. fin. comm. divid.* ergo ſimiliter debet emptor ſentire diviſionis incommodum proveniens ex natura rei venditæ, quod utrique ſua pars adjudicata, non idem de creditore pignoratitio dicendum eſt, cui diviſio non præjudicat, quemadmodum nec ei adjudicatio totius rei facta debitori prodeſt, nam etſi totus fundus fuerit debitori adjudicatus, non tamen ideò creditor totum fundum obligatum habet, ſed partem ſolùm, niſi forſan acceptum fuerit judicium communi dividundo inter creditorem & ſocium, quo caſu ſi totus fundus fuerit creditori adjudicatus totus ei pignoris jure tenetur *dict. l.* 7. *§. fin. comm. div.* ut doctè advertit Cujac. *in recit. ad dict. l.* 13. *de uſu & uſufr. legat.* qui tamen ibidem ſine ratione rejicit ſuperiorem Bartoli ſententiam quam tenuerat *in reci. ad dict. l.* 13. *§.* 17. *de act. empt.* uno tamen caſu diviſio creditori præjudicat, ut tantum pignus habeat in parte diviſa, non autem in parte pro indiviſo, ſcilicet ſi ipſe creditor provocaverit ad diviſionem, aut provocatus non contradixerit, quia tunc ſibi debet imputare ut argumento à contrario ſenſu deducto conſtat *ex dict. l.* 31. *de uſu & uſuf. leg.* docet Cujac. *in dict. l.* 13. *§.* 17.

Infertur etiam ex ſupradictis, quod pignus 49
ſemel in re propria debitoris conſtitutum non extinguitur, & ſi debitor dominium amiſerit, ex eo, quod vicinus miſſus fuerit in poſſeſſionem ex ſecundo decreto ex cauſa damni infecti, ut in terminis reſpondet Africanus *in l. cum poſtulaſſent* 44. *§. damni* 1. *de damno infecto.* nam etſi vicinus, qui mittitur in poſſeſſionem ædis ruinoſæ ex ſecundo decreto cauſa non præſtitæ cautionis, ejus dominium acquirat *l.* 15. *§. Julia* 16. *cum ſeqq. de damn. infecto* ut rectè contra Cujac. *tract.* 9. *ad African. in dict. l.* 44. *& alios* fundat Oſſuald. 15. *cap.* 46. *littera L.* tamen creditor poteſt hypothecaria adverſùs hunc novum dominum experiri ratione juris, quod habet in re, quodque rem quocumque fugientem comitatur. Nec huic doctrinæ obſtat textus *in l.* 12. *& dict. l.* 15. *§. ſi qua* 24. *& §. item quæritur* 25. *de dam. infecto.* ubi denegatur pignoris perſecutio creditori pignoratitio adverſùs eum, qui ex ſecundo decreto ex cauſa damni infecti miſſus eſt in poſſeſſionem; nam reſpondeo maximam verſari differentiam quoad hanc partem inter caſum, quo res ex cauſa pignoris creditori fuit tradita, & caſum quo nuda ſolum conventione fuit ei obligata, creditor cum domum non poſſideat, non tenetur damni infecti nomine ſatisdare: Quarè indiſtinctè ei competit pignoris perſecutio adverſùs eum, qui ex ſecundo decreto in poſſeſſionem miſſus eſt; at ubi domum pignoratam creditor poſſidet, ſi dominus non repromiſerit, tenetur ipſe damni infecti nomine ſatisdare, datis in eam rem fidejuſſoribus, licèt enim dominus, & hi, qui cum domini non ſint nomine proprio poſſident, non teneantur ſatiſdare ſed repromittere *l. qui* 13. *in prin. & §.* 1. *de damn. infecto.* tamen creditor & alii qui cum domini non ſint, nomine domini poſſident, coguntur ſatiſdare *l. hoc* 9. *§. fin. cum duob. ſeqq. de dam. inf.* ſi ergo nec cre-

ditor cui ædes ruinoſæ pignori datæ ſunt, ſatisdet damni infecti, nec debitor repromittat, denegatur perſecutio pignoris creditori in pœnam non præſtitæ ſatisdationis, ſicut & fructuario non ſatisdanti ex eadem cauſa denegatur perſecutio uſusfructus *dict. l. 9. §. ult. cum tribus ſeqq. dict. l. 15. §. 14. & 25. l. 19. in prin. de damn. infecto* docent Cujac. 16. *quæſt.* Paul. *in dict. l. 10. & 12. & tract. 9. ad African. in dict. l. 44. §. 1. de damno infecto* & Donell. 15. *cap.* 46. Quæ doctrina confirmatur ex eo, quod licet per noxæ deditionem pignus non extinguatur *l. 69. de ſolut.* tamen ſi creditor præſens defenſionem ſervi ſuſcipere noluerit, denegatur ei pignoris perſecutio §. 1. *l. electio 26 §. fin. l. ſi 27. de noxal. act.* docet Faber. *in rat. ad hæc jura.*

50 Ulterius ex ſuperiori doctrina veniunt intelligendi textus *in l. ſi 4. in prin. quibus mod. pign. ſolv. & in l. 43. §. pignus de ædil. edicto* in quibus reſciſſo contractu emptionis per actionem redhibitoriam pignus ab emptore medio tempore conſtitutum non extinguitur, quia ſemel jus in re creditor acquiſivit, quod ei non poteſt auferri ex eo, quod reſciſſo contractu debitor dominium amiſerit. Cui doctrinæ quaſi ex diametro oppoſiti videntur textus *in l. ubi 4. §. ſed & 3. de in diem addict. l. ſi res 3. quib. mod. pig. ſolv.* in quibus reſoluto contractu emptionis poteſtate pacti addictionis in diem pignus ab emptore medio tempore conſtitutum ipſo jure reſolvitur; ſed pro ſolutione elegans conſtituo diſcrimen inter reſciſionem contractus, & ejuſdem reſolutionem, ita ut reſciſſo contractu pignus non finiatur, eo vero reſoluto evaneſcat: Hujus autem diſcriminis ratio hæc eſt: Ea eſt pignoris conditio ſemel utiliter conſtituti, ut non extinguatur, niſi fuerit eo nomine creditori ſatisfactum *l. 9. §. omnis 3. de pign. act.* ex quo fit nec alio modo finiri poſſe, niſi in eum ſtatum deducatur, ut nunquam contractum fuiſſe exiſtimetur, quod ipſum ex ſolo caſu contingit, quo titulus, ex quo debitor jus dandi pignoris fuit nactus, reſolvitur, ea etenim eſt poteſtas reſolutionis ut debeat omnino conceptum contractus & tituli, perinde ac ſi nullus unquam præceſſiſſet, & efficiat ut emptor nunquam dominus fuiſſe videatur, & ut dominium ipſo jure redeat ad venditorem perindè ac ſi ab eo nunquam diſceſſiſſet *l. ſi quis 41. de rei vind. dict. l. 4. §. 3. de in diem addict.* docent antiquiores quos ſequitur Donell. 16. *cap.* 18. & 19. & Oſſuald. *dict. cap. 18. litt. C. & D. cap. 19. litt. F.* & latè fundavi *in tract. de in diem addict. cap. 3. ex n.* 43. undè in neceſſariam conſequentiam pignus ab emptore medio tempore conſtitutum reſolvitur, quia vigore reſolutionis retro apparet à non domino, & ſic inutiliter conſtitutum. Docet Faber. *in rat. ad dict. l. 4.* §. 3. ad quam partem ſpectat textus *in l. lex 31. de pign.* Conducunt etiam ab argumento textus *in l. is 11. §. 1. quemad. ſerv. amitt. l. 105. de cond. & demonſt.* uno tamen caſu reſoluto debitoris titulo pignus non reſolvitur, cum ſcilicèt reſolutio pendet ex mera voluntate emptoris *dict. l. 3. in fin. quibus mod. pig. vel hypot. ſolv.* nec aliàs liceat ſuo facto, & mera voluntate propriam obligationem extinguere contra generalem regulam *l 91. §. nunc videamus 4. de verb. oblig.* docet Faber *de error. decad. 13. err. 2. n. 13. cum duob. ſqq.*

51 Cum verò contractus ſeu titulus debitoris reſcindatur per actionem redhibitoriam, non tanta eſt reſciſionis poteſtas, ut deleat conceptum contractus, quinimo ipſa reſciſio titulum præceſſiſſe ſupponit, quia non ipſo jure, ſed facto hominis contingit; quare nec dominium ad venditorem ſine temporis retrotractione poteſt recurrere *l. redhibere 21. cum aliis de ædil. edicto,* nec ad eum redit, quia nunquam commiſſum, ſed tanquam nunc denuo acquiſitum, Ex quo fluit pignus ab emptore medio tempore conſtitutum non extingui, quia cum inveniatur à domino utiliter conſtitutum, non debet extingui ex eo quod debitor ex cauſa reſciſionis contractus dominium amiſerit *dict. l. 4. quib. mod. pign. vel hypot. ſolv.* Nec obſtat quod facta redhibitione omnia in priſtinum ſtatum reſtituuntur, perindè ac ſi nullus contractus præceſſiſſet *l. facta 60. de ædil. edicto,* nam reſpondeo verum eſſe omnia reſtitui in priſtinum ſtatum facto hominis & officio judicis; non tamen ipſo jure, qua ratione emptor tenetur antè traditionem vel pignus liberare *dict. l. 43. §. 8. de ædilitio edicto* vel cautionem eo nomine venditori præſtare *dict. l. 21. §. 1. eod.* quod neceſſarium non eſt, cum contractus ipſo jure reſolvitur, tunc enim ipſo jure reſolvitur pignus medio tempore contractum, ut jam diximus, ex qua doctrina provenit, quod reſciſio contractu emptionis ex cauſa immodicæ ſeu enormis læſionis beneficio *l. 2, C. de reſcind. vend* pignus medio tempore ab Imperatore conſtitutum permanet, quidquid dicat Arias Pinell. *in dict. l. 2. prin. 2. cap. 3. n. 11. cum ſeqq.* & ſimiliter revocata donatione ex cauſa ingratitudinis pignus à donatario conſtitutum durat, ut probat *lex his 7. C. de revoc. donat. junct. l. fin. C. de reb. alien. non alien.* licèt contrarium teneat cum pluribus Tiraquel. *in l. ſi unquam verb. revertatur n. 172. C. de revocand. donat* quod majori ratione locum habet in retrovenditione ex pacto de retrovendendo, cum retrovenditio, nec reſolutio, nec reſciſio ſit prioris venditionis, ſed ſecunda potius venditio, & prioris quædam confirmatio *l. 2. C. de pact. inter empt. &c.* docet Faber *dict. dec. 13. erro. 1. 2. & 4.*

52 Ex eo quòd diximus reſoluto titulo debitoris, pignus extingui, veniunt intelligendi textus in *l. debitor 40. §. fin. de pign. act. l. 13. §. 2. de pigner. l. 1. & 2. C. ſi pign. pign.* in quibus ſi creditor rem ſibi pignori datam alii pignori dederit, Domino ſolvente pecuniam, quam debet, ipſo jure obligatio utraque pignore perimitur, adeò ut ſecundi pignoris nec perſecutio detur, nec retentio relinquatur, quia cum pignus ipſo jure finiatur per ſolutionem factam à debitore, *l. item 6. quibus mod. pign. ſol.* & ſic titulus primi creditoris ipſo jure reſolvatur, neceſſum eſt etiam, pignus ab eo datum ſuo creditori reſolvi, ne alioquin plus juris habeat ſecundus creditor, quam habuit primus à quo ipſe cauſam habuit contra regulam, *l. 54. de reg. jur.* Docent Donell. *ad tit. C. ſi pign. pign.* & Faber *in rat. ad dict. l. 40. §. fin. de pign. act.* ad quam partem ſpectat, *l. 14. §. etſi mihi 3. de div. & temp. præſcript.* pro cujus explicatione videndus D. Retes 3. *opuſc. ad lib. ſing. quæſt. Scævola publ. tract. ad dict. §. 3.* aliam elegantiorem hujus rei rationem tradit Cujac. *ad tit. C. ſi pign. pign.* quam

ex eo deducit, quod creditor, qui rem ſibi pignori datam creditori ſuo dat pignori, non tam rem ipſam obligat, quam jus, quod in ea haber, *dict. l. 1. C. ſi pig. pign.* ſicut & is qui rem ſibi debitam pignori obligat, ut ſuprà diximus *num. 19. cum ſeqq.* cùm ergò jus, quod primus creditor habet in re, per ſolutiooem extingnatur, præcisè extinguitur pignus ſecundùm quod in eo jure conſiſtebat, nam extincta re obligata pignori, & ipſum pignus extingui neceſſe eſt, *l. ſicut 8. in princ. quibus mod. pign. vel hypoth. ſol. l. 25. C. de pignor.* Nec tunc dicimus id quod primus creditor ex principali obligatione fuerir conſecutus pignoris nomine, ſecundo creditori teneri, cùm nomen pignori obligatur, id quod ex cauſa ejus obligationis exigitur pignoris nomine tenetur, textus ſic intelligendus in *dict. l. 13. §. 2. cum adductis num. 21.* nam multum bæc inter ſe diſtant, cùm pignori nomen obligatur, ideò ex ejus cauſa corpus exactum pignori tenetur ex æquitare Prætoria, quia ſubrogatum cenſetur in locum nominis obligati. At vrrò cum pignus pignori obligatur, dici non poteſt corpus exactum à primo creditore ſubrogari in locum pignoris, quia non ex cauſa pignoris, ſed principalis obligationis exactum eſt, undè reſoluta pecunia primo creditori quoad omnes fructus ſecundum pignus evaneſcit.

53 Indè ſequitur, quod reſoluta pecunia primus creditor debitori pignoratiria actione rei pignoratæ poſſeſſionem reſtituere, non tamen pignus à ſecundo creditore liberare debeat, ut eleganter reſpondet Papinianus in *dict. l. 40. §. fin. de pign. act.* quia jam ipſo jure liberatum fuit. Sed obſtare videtur, *l. petenti 27. eod.* Ubi creditori petenti pecuniam mutuam cum præ manibus debitor non habuerit, ſpecies auri dedit, ut pignori apud alium creditorem poneret, ait Ulpianns quod ſi jam ſolutione, liberatas, receptaſque eas, is qui ſuſceperat, tenet, eas reſtituere tenctur actione ad exhibendum, quod ſi jam nunc apud creditorem creditoris ſunt voluntare Domini noxæ videntur, ſed debitori propria actio adversùs creditorem competit, ut eas liberet, & liberatas reſtituat; tunc ſic, en ubi licèt debitor ſolverit pecuniam creditori, tamen pignus rei ſuæ à creditore ſuo non extinguitur ipſo jure: ergò falſo dicimus cum Papiniano ſoluta à debitore pecunia primo creditori ſecundum pignus ipſo jure reſolvi. Verum reſpondendum eſt in *dict. l. 27.* debitorem creditori ſuo ſpecies auri pignori noo dediſſe, ſed ſolum ei eas tradidiſſe, ut pignori apud alinm creditorem poneret, & ſub earum pignore pecuniam, qua ſe indigere dicebat conquireret, & ſumeret ab alio creditore; quare creditor non pignus ſpecierum quod ipſe nou habebat, ſed ſpecies ipſas creditori ſuo voluntate debitoris, ejuſdemque Domini pignori dedit, undè etſi maximè debitor ſolverit pecuniam debitam creditori, non extinguitur pignus quod nexum eſt voluntate debitoris, ſed ſulum ei acquiritur propria actio adversùs creditorem, ut ſpecies liberet à ſuo creditore, & liberatas reſtituat, aut ubi pignus pignori datum eſt, ſoluta à debitore pecunia, etſi extincto primo pignore ſecundum ipſo jure finitur ex defectu rei pignoratæ. Docet Cujac. *3. reſponſ. Papin. in dict. l. 40. §. fin.* & Faber *in rat. dict. l. 27. & dict. l. 40. §. fin.*

Pendet etiam ex ſuperioribus expoſitio, *l.* 54
ult. §. ſi autem 3. C. commun. de legat. quæ ut intelligatur, ſciendum eſt, jure Digeſtorum eam fuiſſe differentiam inter legatum vindicationis & legatum damnationis, ut ſcilicèt hæres rem purè legatam per vindicationem pignori obligare non paſſet, ut probant argumento textus in *l. proinde 8. de reb. cred. l. quadam 15. de reb. dub.* quia dominium legatæ rei per vindicationem ipſo jure ad legatarium transfertur, *l. 80. de leg. 2.* rem verò per damnationem ant per fideicommiſſum relictam pignori obligare poſſet, ut probant ab argumento textus in *l. ſi quis 112. §. 1. de legat. 3. l. quadam 25. §. 2. l. 70. §. 1. ad Trebell. l. ult. de donat.* quia dominium ex hujus legati aut fideicommiſſi cauſa ſolum transfertur à tempore aditionis, *l. 84. §. 4. de leg. 1.* tradit Valent. *3. tract. 6. cap. 2. num. 12.* Ex qua differentia fluit & alia, ut ſcilicèt ſi hæres rem legatam per vindicationem ſub conditione ea pendente piguori dederit, quod facere poſſe conſtat ex *l. non ideo 66. de rei vind. l. 12. §. 2. famil. erciſcun. l. 29. §. 1. qui & à quibus* exiſtente conditione pignus evaneſcat, ut probant ab argumenro *l. 11. §. 1. quemad. ſervit. amit. l. 69. §. 1. de leg. 1. l. 105. de condit. & demonſt.* quia exiſtente conditiooe perindè habetur legatum, ac ſi purè relictum fuiſſet *ex regula l. 8. verſ. quod ſi de peric. rei vendit.* ac per conſequens retrò apparet pignus à non Domino conſtitutum; ſi verò rem per damnationem aut fideicommiſſum ſub conditione relictam hæres pignori dederit adhuc exiſtente conditione pignus non extinguitur, ut ex dictis liquet; quam utramque differentiam abrogavit Juſtinianus in *l. ult. §. ſeu qui 2. & dict. §. 3. C. comm. de legat.* nam cum jam in *l. 1. & 2. C. eod.* omnibus legatis eandem dediſſet naturam, & fideicommiſſa legaris exæquaſſet ſtatuens ut indiſtinctè dominium rei per legatum aut fideicommiſſum relictæ ipſo jure trânſiret in legatarium aut fideicommiſſarium, conſtituit etiam in neceſſariam conſequentiam hæredi nou licere rem purè legatam aut per fideicommiſſum relictam pignori obligare, & pignus rei ſub conditione relictæ ab hærede medio tempore conſtitutum exiſtente conditione ipſo jure reſolvi, quia retrocredit hæredem ejus rei nunquam dominum fuiſſe, & ſic pignus ab initio inutiliter conſtituiſſe. Docent Donell. in *dict. l. 3. §. 2. & 3.* & Cujac. *ad tit. C. comm. de legat.* Ille tamen caſus excipitur ex *authent. res quæ C. eod. tit.* ex qua ſi liberis portio legitima nou ſufficiat ad dotis ſeu donationis propter nuptias obligationem, permittitur eis res prædictas in eam cauſam alienare vel obligare pro modo honeſtati perſonarum congruo, ut conſtat *ex Novella de reſtit. collat. 4. tit. 17. cap. 1.*

Rursùs ex eadem doctrina intelligendi ſunt 55
textus in *l. 12. §. ſimpliciter 7. qui potior in pignor. l. 3. in princ. de diſtract. pign. l. 6. & 7. de oblig. & act. l. 1. C. ſi antiquior creditor l. 18. de diſtract. pign.* in quibus ſi antiquior creditor ex lege couventionis vel juri creditoris rem ſibi pignoratam diſtraxerit, aliorum creditorum pignus reſolvitur, & evaneſcit, mutato & extincto dominio debitoris, & in emptorem tranſlato, nam cum creditor pignus diſtrahir, diſtrac-

tio hæc fuit virtute voluntatis debitoris, *l. 4. de pig. act.* eo tempore interpoſitæ, quo res libera erat, nec aliis creditoribus fuerat obligata; quare voluntas illa debitoris, quæ aliorum creditorum jus anteceſſit, operatur ut res in eodem ſtatu ad emptorem transferatur, in quo erat antequam poſterioribus creditoribus obligaretur, & conſequenter libera. Aliud verò dicendum eſt, ſi debitor ipſe antiquiori creditori rem pignoratam vendiderit, vel in ſolutum dederit, tunc enim poſteriorum creditorum pignus non extinguitur, etſi creditor rem emptam aut in ſolutum acceptam vendiderit; quin imò poſterioribus creditoribus jus offerendi competit, & oblata debita quantitate ſimul cum legitimis acceſſionibus pignus avocandi *dict. l. 1. verſ. & autem C. ſi antiq. creditor. l. 4. C. de evict.* nam acquiſitio hæc dominii fit ex cauſa aliorum creditorum jus ſubſequente, non enim provenit ex voluntate debitoris interpoſita tempore, quo res jam aliis creditoribus eſt obligata, quæ eorum jus auferre non poteſt *vulg. reg. legis debitorem 15. de pign.* quæ ratio locum etiam habet in diſtractione facta ab antiquiore creditore cui debitor rem vendidit, vel in ſolutum dedit. Docet Cujac. 2. *reſponſ. Pap. in l. 2. de diſtra. pign.* & Arias de Meſa 1. *var. cap.* 37. Cæterum ſi aſſiſtente creditore ut ſibi ſatisfiat, debitor pignus vendiderit, poſteriorum creditorum pignus extinguitur, nam tunc ipſe creditor per mediam debitoris perſonam diſtraxiſſe creditur juxta textum ſic explicandum in *dict. l. 3. §. 1. de diſtract. pign.* Ubi Cujac. 3. *reſponſ. Papin.* Ubi aliud eſſe admonet ſi pignoris remittendi cauſa creditor venditioni conſenſerit, *l. 12. quibus mod. pign. ſolv.* & indè apponit exceptionem ad regulam juris quæ habet, aliud eſſe vendere, aliud venditioni conſentire, *l. aliud 160. de reg. jur.* Docet Meſa ubi nuper *num.* 17.

56 Ex quibus colligitur ſi antiquior creditor ea lege pignus acceperit, ut ſi intra ſtatutum diem pecunia debita non ſolvatur, liceat ei emptionis jure pignoratam rem retinere, vel in ſolutum accipere; non quidem pro ea quantitate quæ debetur, nam ea conventio legibus improbatur, *l. ult. C. de pact. pign. cap. ſignificant 7. de pignor.* ſed pro juſto pretio tunc æſtimando juxta *l. ſi fundus 16. §. ult. de pign.* & ob retardatam ſolutionem prævia juſta æſtimatione pignus emerit aut in ſolutum acceperit; poſteriorum creditorum pignus reſulvitur; nam hujuſmodi acquiſitio fit virtute conventionis interpoſitæ eo tempore quo res poſterioribus creditoribus non erat obligata, & datio poſtea à debitore effecta non potuit primo creditori officere, nec ei aliquod præjudicium inferre, tenet Meſa ubi ſuprà *num.* 18. *cum duob. ſeqq.* Nec ſuperiori doctrinæ obſtat textus in *l. ſi potiores 3. de his qui in prior. cred. loc. ſucced.* Ubi dicitur pignoris emptorem in locum creditoris ſuccedere, atqui poſteriores creditores poſſunt debitum conferendo pignus ab antiquiore creditore avocare *l. cum ſecundus 5. in prin. & §. 1. de diſtract. pign. l. 1. C. qui potior. in pign.* ergò & poterant illud avocare ab eo qui illud emit ab antiquiori creditore, & in ejus locum ſucceſſerit, ac per conſequens etſi antiquior creditor rem pignoratam diſtraxerit, non extinguitur poſteriorum creditorum pignus; nam reſpondeo rejecta Græcorum opinione qui textum in *dict. l. 3.* accipiunt de eo qui à creditore comparavit, cùm textus loquatur de venditione facta à debitore, non interveniente creditore cum pacto, ut eo pretio creditores antiquiores dimitterentur, quo caſu ſi pecunia ad eos pervenerit, emptor in ejus locum ſuccedit, *l. qui 17. qui potior. in pign.* Nec enim per venditionem factam à debitore potuit eorum pignus extingui. Docent Accurſ. Donell. & Cujac. *ad tit. Cod. de his qui in prior. credit. loc. ſucced.* & Meſa 1. *cap.* 25. *num.* 23. Nec etiam obſtat textus in *l. 13. de diſtract. pign.* Ubi Paulus ſcribit creditorem pignus vendentem teneri jura ſua emptori cedere, ex quo probari videtur emptorem in jus creditoris ſuccedere, nam reſpondetur eum textum accipiendum eſſe de actione pignoratitia contraria, quam cedere debet creditor emptori, ut ſi fortè res evincatur, poſſit emptor ea actione adversùs debitorem experiri, *l. in creditore 38. de evict.* vel etiam dici poteſt creditorem non rem pignoratam, ſed ejus pignus diſtraxiſſe, & ideò teneri jura ſua emptori cedere. Sic rejecta ſententia Accurſii & Balduini *de pignor. cap.* 18. Hunc textum intelligunt Cumanus *lib.* 8. *comment. cap.* 18. *num.* 3. & Meſa *ubi nup. num.* 25. *cum ſeqq.*

Deindè non obſtat textus in *l. 5. §. 1. l. 6. de* 57
diſtract. pign. l. in bello 12. §. ſi 12. de capt. l. 22. C. de pign. in quibus ſi primus creditor ſecundo rem pignoratam vendiderit, non extinguitur pignus poſteriorum creditorum, nam reſpondeo, ideò tunc poſteriorum creditorum pignus non extingui, quia ſecundus creditor non tam dominii nanciſcendi quam ſui pignoris firmandi cauſa cenſetur emiſſe, ut ait Conſultus in *dict. l. 6. de diſtract. pign.* Undè cùm non ſit reſolutum dominium debitoris, nec etiam potuit poſteriorum creditorum pignus reſolvi. Docent Cujac. 16. *obſerv. cap.* 16. & Meſa 1. *var. cap. 9. & 10. & dict. cap. 25. n.* 30. Denique opponitur textus in *l. 15. §. ſi poſt 6. de re jud.* Ubi pignus in executione ſententiæ antiquiori creditori à judice fuit adjectum poſteriorum creditorum pignora extinguuntur; atqui tunc debitor ipſe rem pignoratam vendere intelligitur, *ex reg. ſi ob cauſam 13. C. de eviction.* ergò cùm antiquior creditor pignus emit à debitore, poſteriorum creditorum pignus extinguitur, ac per conſequens nullum eſt diſcrimen inter caſum quo antiquior creditor pignus diſtrahit, & inter caſum quo illud emit debitor contra ea quæ diximus *num.* 57. ſed dicendum eſt quod etſi pignus antiquiori creditori à judice fuiſſet adjectum, non tamen extinguitur jus poſteriorum creditorum, *l. cum bona 16. de reb. auctor. jud. poſſid.* aliàs *l. 1. de privileg credit.* Docet cum pluribus Meſa 1. *var. cap 6. cum duobus ſeqq.* quia tunc ipſe debitor per mediam perſonam judicis vendere intelligitur, *dict. l. 13. C. de evict. l. 2. C. ſi in cauſ. jud.* Nec aliud probat textus in *dict. l. 15. §. 6.* qui ſolum docet judicem rem judicatam exequentem, ſi poſt facta adjectione pignoris aliqua controverſia oriatur, non debere rationis ſuæ examen adhibere, cùm jam plenè exequendi munere functus ſit, ut interpretantur Bartholus, Duaren. & alii *ibid.* quos ſequitur Meſa *dict. cap.* 8. *num:* 11. & hæc de hoc capite ſufficiant.

CAPUT SECUNDUM.

De convaleſcentia pignoris rei alienæ ex cauſa acquiſiti dominii à debitore pro explicatione L. 5. C. hoc noſt. tit. *vel ex cauſa ratihabitionis dominii.*

1 EX hucuſque dictis apparet rei prorsùs alienæ conventionis tempore pignus nullum eſſe, pignus ſemel utiliter conſtitutum non extingui, etſi mox debitor rei pignoratæ dominium amiſerit, niſi ea fuerit cauſa amiſſionis dominii, quæ efficiat, ut nunquam debitor dominus fuiſſe videatur, nunc videamus an pignus rei alienæ convaleſcat, ex eo quod debitor mox rei pignoratæ dominium acquiſierit, & quidem pro conſtanti tenendum eſt pignus convaleſcere, ſi debitor qui rem alienam pignori dedit, dominus ejus effectus ſit, ut probant expreſſi textus in *l. item 7. §. ſed etſi 2. ad Macedon. l. rem 41. de pign. act. l. 1. in princ. de pignor. l. filiam 56. ad Trebell. l. cum res 5. C. hoc noſt. tit.* non quidem directè ut notatur à Paulo in *dict. l. 41. &* à Papin. *in dict. l. 1.* & ab Imperatoribus in *dict. l. 5.* quia initio non tenuit in re aliena, ſed utiliter, & ex æquitate, quia debitor ſi ſuam turpitudinem allegaret, veniretque contra factum ſuum agens vel accipiens auditi non poſſet, ut ait Paulus in *dict. l. 41. in fin.* accedit & illud quod ipſe debitor obligatus erat pignoratitia actione creditori, ob id quod rem alienam pignori dedit ei, *l. 16. §. 1. l. 31. de pign. act.* quod efficit ut ex æquitate Prætoris pignus convaleſcat, competatque utilis actio hypothecaria contra debitorem & quemcumque poſſeſſorem, quæ utilis pignoratitia appellatur in *dict. l. 41.* Docent Cujac. 3. *quæſt.* Paul. *in dict. l. 41. & lib. 12. reſponſ. Papin. in dict. l. 1. de pign.* Petr. Fab. 2. *ſemeſt. cap.* 18. Bachov. *de pign. lib. 2. cap.* 4. Nec obſtat huic principio vulgata juris regula quod initio vitioſum eſt tractu temporis convaleſcere non poteſt, *l. 29. de reg. jur.* nam ea regula intelligenda eſt, ſi quod initio vitioſum eſt privatorum facto & approbatione convaleſcere velimus ſine aliqua lege ſpeciali aut Prætoris auxilio, at quoties aliqua lex ſpecialis eſt, aut Prætoris auxilio tunc convaleſcit, quod initio vitioſum eſt, ut in exemplo donationis inter virum & uxorem, quæ etſi ab initio vitioſa ſit, tamen oratione Severi poſt mortem donantis confirmatur, & ita ceſſat ea regula generalis quoties ei objicitur alia ſpecialis lex, contractum in ſpeciali aliquo caſu præcipiens, ut exponunt Pichardus & repetentes *ad dict. l. 29. de reg. jur.* & cum judicio Cujac. 11. *reſponſ. Papin. in dict. l. 1. de pignor.*

2 Convaleſcit ergò rei alienæ pignus, ſi ejus debitor dominium acquiſierit, & pignoranti creditori citrà controverſiam competit utilis hypothecaria actio; ſcienti verò creditori difficiliùs dari prædictam actionem inquit Papinianus in *dict. l. 1. de pignor.* quæ confuſa verba dubitandi occaſionem præbuerunt Imperatoribus; nam his verbis videtur denegari abſoluta actio creditori ſcienti, quamvis cum difficultate concedatur, & juvat hanc ſententiam textus in *dict. l. 41. de pign. act.* quæ abſolutè ſine ſcientiæ vel ignorantiæ diſtinctionem concedit creditori actionem hypothecariam. Ulteriùs hæc ſententia ex alia ratione probatur; nam ſi ſcienti creditori non daretur actio hypothecaria contra debitorem, ferè nihil operaretur convaleſcentia pignoris per ſupervenientiam dominii, nam ignoranti creditori etiam antè ſupervenientiam dominii datur hypotheca contra debitorem, quia ipſe defectum dominii opponere non poteſt, *l. ſi inter 21. §. 1. de pign.* aliàs turpitudinem ſuam allegaret contra Pauli ſententiam in *dict. l. 41.* ergò ut aliquid operetur circà ipſum debitorem ſupervenientia dominii, quæ aliàs pignus ſuſcitat, debet competere creditori ſcienti actio hypothecaria contra debitorem; & hanc ſententiam tenent Balduinus *de pignor. cap.* 12. & Robertus 2. *ſentent. cap.* 1. Ex contrario tamen indiſtinctè ſcienti creditori denegari hypothecariam actionem contra debitorem etiam poſt ſupervenientiam dominii probare videtur ex ratione *l. 5. C. hoc tit.* ubi aiunt Imperatores quod ex æquitate exemplo pignoratitiæ actionis competit utilis perſecutio creditori, quaſi dicant: cùm debitor teneatur actione pignoratitia perſonali ob id quod rem alienam pignori dedit *dict. l. 16. §. 1.* ergò tunc non debet pignus convaleſcere, utpotè deficiente principali ratione qua convaleſcentia fundatur. Poteſt etiam id fundari ab argumento ex *l. ſi fundum 27. de evict.* quam ſententiam poſt Accurſium ſequitur Cujac. 11. *reſponſ. Papin. in dict. l. 1. de pignor.* Donell. *de pignor. cap.* 7. Bachovius *de pignor. lib. 2. cap.* 4. & eos rejicit ab hac opinione verbum *difficiliùs* apud Papinianum in *dict. l. 1. de pignor.* aiunt enim, quod cùm non eſſet aliqua ſpecialis conſtitutio, aut Imperatoris reſcriptum, ut ſibi non videretur Prætoris autoritate abrogare, modeſta ratione reſpondet uti in *l. nonnunquam 8. de collat. bon.* ut obſervantes modeſtum Papiniani dicendi modum obſervant Duaren. *lib. 1. diſput. cap.* 11. & Donell. *de pignor. cap.* 7.

Alii neutram ex his opinionibus abſolutè acceptam veram eſſe arbitrantur, non primam, quia remaneret ſine miſterio verbum *difficiliùs* apud Papinianum, quod difficultatem denotat, quaſi non ſemper concedatur, non ſecundam, quia verbum illud denotat poſſibile eſſe, quod creditori ſcienti detur hypothecaria, itaque ejus opiniones ſequenti diſtinctione componendas contendunt, ut ſcilicèt detur actio hypothecaria ſcienti creditori contra debitorem; aut contra alium ab eo cauſam habentem; tum quia debitor excipiens ſuam turpitudinem allegat; tum quia creditor quando ſcit rem alienam eſſe non remittit jus ſuum niſi reſpectu pignoris præſentis, nec cogitat de amittenda actione quam in futurum poſſet habere per pignoris convaleſcentiam, & quia ab eo cauſam habet, debet jure autoris ſui uti argumento *l. ſi quis 72. de rei vind. cum vulg.* at ſi creditor non agat contra debitorem, aut ab eo cauſam habentem, ſed contra alium poſſeſſorem, tunc actio ipſi denegabitur, quia rectè excipit poſſeſſor rem non fuiſſe in bonis debitoris tempore conventionis, & deficit æquitatis ratio, & turpitudinis propriæ obligatio quæ pignus convaleſcere faciunt in *dict. l. 5.* 3

hoc tit. & in dict. l. 41. & hoc modo aiunt cum miniſterio remanere verbum *difficilius* apud Papinianum in dicta lege, quia non abſolutè conceditur actio, ſed ita demum ſi poſſideat qui pignoravit, vel qui ab illo cauſam habet. Docent & hanc ſententiam tuentur Accurſius in *l.* 1. *de pignor.* Ubi in hac ſententia reſidet. Pacius *centur.* 4. *quaeſt.* 52. quos ſequitur quidam ex noſtris Primariis in *Academ. tract. de pignor.* 1. *parte cap.* 2. *num.* 48. qui addunt tunc non ſolum obſtare ſententiæ negantis fortius fundamentum deductum ex *dict. l* 5. *C. hoc tit.* nam ibi per actionem pignoratitiam intelligenda eſt directa actio hypothecaria ad cujus exemplum inducitur utilis hypotheca, nam omnes actiones utiles inductæ ſunt ad exemplum directarum, undè quemadmodum directa hypotheca competit indiſtinctè adversùs quemcumque poſſeſſorem, ſic & utilis hypothecaria competit ignoranti creditori abſolutè contra quemcumque poſſeſſorem, ut habet eandem qualitatem quam directa.

4 In qua opinionum varietate prius quam circà intelligentiam textus in *dict. l.* 1. *de pign.* judicium meum proferam, notandum duxi, quod id quod ſuprà diximus, nempe convaleſcere pignus ex æquitate per ſupervenientiam dominii & creditori competere utilem hypothecariam actionem ita intelligendum eſt, ut competat quidem creditori hypothecaria actio contra debitorem, aut contra alium ab eo cauſam habente, non verò contrà tertium poſſeſſorem à debitore cauſam non habente, ut docent Faber in *ration. dict. l.* 41. *de pign. act.* nam actio quæ efficit, ut pignus convaleſcat contra debitorem, quia debitor ſuam turpitudinem allegaret, ſi exciperet rem alienam fuiſſe tempore conventionis, & per conſequens repellendus eſt *dict. l.* 41. quæ ratio militat etiam contra habentem cauſam à debitore ex *reg. legis* 72. *de rei vind.* ceſſat verò contrà eum, qui cauſam à debitore non habet, qui rectè excipiet rem alienam fuiſſe tempore conventionis, nec poterit eo nomine repelli, cùm nec propriam turpitudinem alleget, nec ejus à quo cauſam habet, cùm ergò creditor probare non poſſit rem fuiſſe in bonis debitoris tempore conventionis, neceſſariò ſuccumbit in actione hypothecaria: ſed tunc obſtat quod jus creditoris pendet ex jure debitoris, ut ſæpè diximus, atqui debitor Dominus jam factus rem ſuam poteſt à quocumque poſſeſſore vindicare: ergò & poterit debitor ejus poſſeſſionem hypothecaria actione à quocumque poſſeſſore avocare. Rursùs debitor vincit quemcumque poſſeſſorem, ſed creditor vincit debitorem, ergò & vincere debet quemcumque poſſeſſorem; nam juxta tritam juris regulam, *ſi vinco vincentem te, à fortiori vincam te l. de actionibus* 14. §. *etſi* 3. *de diverſ. & tempor. præſcript.* Verum reſpondeo, quod licet ubi pignus ab initio utiliter conſtitutum eſt, jus creditoris pendet ex jure debitoris, & poſſit creditor ab eiſdem poſſeſſoribus poſſeſſionem, per hypothecariam avocare, à quibus debitor non poteſt vindicare; tamen aliud ſervatur, ubi pignus ab initio inutile convaleſcit ex poſtfacto per ſupervenientiam dominii, quia ut jam dixi, ratio, quæ inducit convaleſcentiam contra debitorem, aut alium ab eo cauſam habentem, ceſſat contra extraneum poſſeſſorem cauſam à debitore non habentem, quare nec in præſenti locum habet regula dictæ legis decimæ quartæ §. 3. quæ procedit ſolum cum eadem cauſa vincendi, non cum diverſa, *l.* 5. §. *ſi ex filio* 2. *ad Tertyl. l. Claudius* 17. *qui potior. in pignor.* Ubi docet eleganter Cujac. *lib.* 3. *quaeſt. Pauli.*

5 Deinde breviter ſciendum eſt, quod creditor poteſt actione pignoratitia debitorem convenire, ut rem ſuam factam iterum pignori obliget, quod ſuadetur ab argumento, *l. ſi quis* 46. *de act. empti*, ubi is qui rem alienam vendidit, dominium ejus nactus fuerit, cogitur implere venditionem ex eo quod creditori, qui rem alienam pignori accepit, competit eo nomine actio pignoratitia contra debitorem ad intereſſe, *l.* 3. *de pignor. act.* ubi Faber *in rat.* ergò & competit ei actio, ut rem ſuam factam debitor denuo pignori obliget, & tunc ea obligatione ſubſecuta creditor poterit poſſeſſionem avocare à quocumque poſſeſſore per directam hypothecariam actionem, cum utiliter pignus à Domino conſtitutum inveniatur. Quibus ſuppoſitis veriorem exiſtimo ſententiam Cujacii 11. *reſponſ.* Papin. *in dict. l.* 1. *de pign.* & Donelli *de pign. dict. cap.* 7. Bachov. *eod. tract lib.* 2. *cap.* 4. & Faber *in rat. poſth. ad dict. l.* 1. Aſſerentium ſcienti creditori adhuc poſt ſupervenientiam dominii in debitore abſolutè non concedi actionem utilem hypothecariam ob rationem ſuprà expenſam *num.* 2. deductam ex *dict. l.* 5. *C. hoc noſt. tit.* Nec tunc obſtant contrariæ ſententiæ fundamenta, non primum deductum ex *dict. l.* 41. *de pignor. act.* nam quod ibi Paulus generaliter ſcribit, pignus convaleſcere per ſupervenientiam dominii explicandum eſt juxta diſtinctionem traditam à Papiniano in *dict. l.* 1. non ſecundum deductum ex verbo *difficilius*, quo utitur Papinianus in *dict. l.* 1. cui jam ſatisfactum eſt *dict. num.* 2. Difficiliores nexus habet tertium fundamentum deductum *ex dict. l.* 21. §. 1. *de pignor.* Pro cujus ſolutione animadverto, quod debitor conventus actione hypothecaria optimè poteſt referre quæſtionem dominii, & creditor vincere ipſum non poteſt, niſi probaverit rem in bonis ejus fuiſſe tempore conventionis; tunc enim ſolum prohibetur reus actori referre quæſtionem dominii, cum ex contractu ſuo convenitur, *l. commodare* 15. *cum ſeq. commodat. l.* 11. *ſolut. matrim. l.* 1. §. *ſi prædium* 39. *& l.* 31. §. 1. *depoſit. l.* 25. *C. locato*, qua etiam ratione creditor conventus actione pignoratitia directa à debitore non poteſt referre quæſtionem dominii, *l.* 9. §. *penult. l.* 22. §. 2. *de pignor. act.* At cum creditor convenitur hypothecaria licèt ob factum & contractum ſuum conveniatur, non tamen ex contractu convenitur, ſed tanquam poſſeſſor nec alio jure, quam quo alius quilibet conveniretur; nam hypothecaria non naſcitur immediatè ex contractu, ſed ex jure in re per contractum acquiſito, quare rectè poteſt referre dominii quæſtionem. Rursùs cùm æquale jus creditor habeat ad inſtituendam actionem hypothecariam, ſivè adversùs debitorem agat, ſivè adversùs tertium poſſeſſorem, ita pari jure vindicet, ſivè adversùs debitorem agat, ſivè adversùs poſſeſſorem ſui dominii quæſtio, referatur. Rursùs expreſſè pro-

Digitized by Google

batur *ex dict. l. 41. de pign. act.* Ubi negat Paulus poſſe hæredem dominum rei obligatæ, qui debitori ſucceſſit, conveniri utili hypothecaria, ergò ſentit hæredem debitoris poſſe referre quæſtionem dominii, ac per conſequens & ipſum debitorem. Sed dices debitorem qui de pignore convenit tanquam dominus, cùm non eſſet improbe reſiſtere, quominùs hypothecaria actio contra eum moveatur, cùm ita fiat, ut ex mendacio ſuo arguatur, ut ait Paulus in *dict. l. 41.* Reſpondeo tamen hanc rationem eo ſolum caſu procedere, quo debitor eo tempore, quo jam factus eſt dominus convenitur, tunc enim ex æquitate pignus convaleſcit. Docent Duaren. in *dict. l. 11. ſolut. matrim.* & ſublitius Faber *de error. pragmat. decad. 63. error. 1. & 3.* Nec tunc obſtat textus in *dict. l. 21. §. 1.* qui potius noſtram ſententiam probat, proponit Ulpianus debitorem ſervum quem à non Domino bona fide emerat, pignori obligaſſe, & docet Servianæ locum eſſe, quia tunc pignus contrahitur juxta ea quæ dixi *ſuperiori cap. num. 3.* & addit juris Conſultus, creditorem doli replicatione elidere poſſe exceptionem objectam à debitore; ſupponit itaque debitorem conventum Serviana actione referre poſſe quæſtionem dominii, eam tamen exceptionem docet elidi poſſe per replicationem doli, quia res licet non in dominio, tamen fuit in bonis debitoris, & ſic acutè explicat Faber, *dict. decad. 63. error. 7.* Ex quibus colligitur ſupervenientiam dominii data pignoratitia ex parte creditoris inducere pignoris convaleſcentiam.

6 Verum licet ſcienti creditori denegetur utilis hypothecaria actio, conceditur tamen retentio ex ſententia Papiniani in *dict. l. 1. de pignorib.* quia ſemper debitori agenti objicitur turpitudo ſua, & quia in pari turpitudinis cauſa melior eſt conditio poſſidentis, *l. 3. l. ſi ob. 8. de condit. ob turp. cauſ.* Nec novum eſt, ut creditor qui actionem hypothecariam non habet, poſſit per retentionem pignoris, quod non conſiſtit, quoad actionem jus ſuum tueri, in *l. 1. quibus mod. pign. vel hypot. ſolv. & in dict. l. un. Cod. etiam ob chyrograph. pecun.* Accedit & illud, quod debitor pactus fuit, ut ea res, quæ tum eſſet penes creditorem maneret, & ſic dolo facit debitor, quia contra pactum petit *ex regula l. 2. §. item 4. de dol. except.* ac per conſequens competit creditori retentio; cui doctrinæ opponitur vulgo ſolus textus in *l. cum vitiosè 25. de pignor.* Ubi pro regula tradit Modeſtinus quod ſi vitiosè vel inutiliter contractus pignoris intercedit, retentioni locus non eſt, etiamſi creditoris bona ad fiſcum pertineant, ſed pignus rei alienæ ab initio inutiliter intercedit, ergò etiam poſt ſupervenientiam dominii retentioni locus eſſe non poteſt. Cui difficultati communiter reſponderi ſolet cum ſententia Barthol. in *dict. l. 1.* quam ſequuntur Neguſantius & alii quos ſequitur Bachov. *de pignor. dict. l. 2. cap. 4.* quod ea Modeſtini regula intelligenda eſt de pignore inutiliter aut vitiosè contracto durante adhuc vitii & inutilitatis cauſa, quæ ſolutio meritò diſplicuit Donello *de pignoribus cap. 6.* quia tunc careret dubitandi ratione Modeſtini deciſio, quare dicendum eſt eam regulam accipiendam eſſe de inutilitate pignoris ratione obligationis, aut de vitioſo pignoris contractu ratione rei, quibus caſibus etſi deficiat inutilitatis cauſa nec quoad retentionem pignus convaleſcit, ut ecce, ſi mihi aut Titio centum dare ſtipulatus fuero, & Titius pignus accipiat ex defectu principalis obligationis inutile eſt pignus, *l. is qui 33. de pignor. junct. l. 10. de ſolut.* adeò ut ſi mihi Titius ſuccedat, non competat ei pignoris retentio. Aliud exemplum pignoris vitiosè contracti facilè deprehenditur in re ſacra aut religioſa pignori data, quod non tenet, *l. 1. §. ult. quæ res pignor.* Nec convaleſcit quoad retentionem, etiamſi res profana & debitoris eſſe cœperit, & his caſibus retentioni locus non eſt, etiamſi fiſcus creditori ſucceſſerit ex *regula l. 1. quibus modis pign. ſolv. l. 2. de fund. dot. l. 6. de jur. fiſci.* Donell. *de pignor. cap. 7.* In re autem aliena pignori data non adeſt aliquod virium intrinſecum ratione rei; nam quod res ſit aliena non eſt qualitas rei intrinſeca, ſed extra rem dependens à jure poſſeſſoris; nec etiam eſt inutilis contractus pignoris rei alienæ reſpectu obligationis perſonalis, quæ ad invicem inter ipſos contrahentes datur, *l. 16. §. 1. l. 31. de pign. act.* quamvis inutilis ſit extrinſeca reſpectu rei, quia non remanet obligata retentio, tamen conceditur creditori ratione obligationis perſonalis & pacti in ea incluſi, ut jam diximus ex *dict. l. 2. §. 4. de dol. except.*

7 Sed contra huc uſque dicta de pignoris convaleſcentia per ſupervenientiam dominii in debitore graviter obſtat difficilis Africani locus, in *l. qui 9. §. Titia fin. qui potior. in pign.* Ubi mulier quædam pignori dedit Titio rem alienam, poſt eam dedit Mævio, & deinde ex juſto titulo dominium prædictæ rei conſecuta fuit, eamque æſtimatam marito in dotem dedit, & pretium in dote manſit, mox priore creditore dimiſſo, quærit Africanus an poſterius pignus convaleſcat, & reſpondet non convaleſcere, quia maritus emptoris loco eſt, & quia nullum tempus invenitur, quo poſſit prædictum pignus confirmari, nam tempore conſtitutionis res erat aliena, & tempore quo dimiſſus fuit primus creditor, etiam erat res aliena, quia per æſtimationem abſolutè in mariti dominium tranſlata fuit. Hæc eſt ſpecies & Conſulti ſententia, quæ & in ſuppoſitione, & in rationibus ab eo redditis totam ſupra dictam ſententiam impugnat, primo ex eo quod etſi tempore conſtitutionis res eſſet aliena, tamen ex eo, quod mulier domina effecta fuit, debuit pignus convaleſcere juxta dicta, nec quod poſtea res marito æſtimata fuiſſet, potuit pignus quod jam conſiſtit per convaleſcentiam immutare ex *l. 18. §. 2. de pignor. act. l. 15. C. de pignor.* & tamen pignus Mævii poſterioris creditoris non tenet, etſi mulier domina effecta ſit, ergò ex eo quod pignus rei alienæ non convaleſcit per ſupervenientiam dominii debitoris. Ulterius non potuit pignoris convaleſcentiam retardare, quod eo tempore, quo mulier dominium adepta eſt, adhuc eſſet res Titio primo creditori obligata: nam illud pignus convaleſcit per ſupervenientiam dominii in debitore, quod teneretur, ſi ab initio tempore conventionis res debitoris eſſet, ſed ſi tempore conventionis res mulieris eſſet, poſſet res ſecundo creditori in ſolidum obligari,

quamvis

quamvis antea primo eſſet obligata, *l.* 10. *l.* 16. §. *ſi duo* 8. *de pign. l.* 17. *in princ.* & §. *ſimiliter* 7. *qui potior. in pign.* ergò ſequitur præcisè ex hoc textu per ſupervenientiam dominii in debitore non convaleſcere pignus aut (quod dici poteſt) repugnare pignoris ſubſtantiæ, quod res, quæ uni obligata eſt, non poſſit alteri obligari. Cui difficultati nihil aliud reſpondent antiquiores quàm quod ex cortice verborum deſumitur, ſcilicet ideò pignus non convaleſcere, quia nec in principio conſiſtit, cùm res eſſet aliena, nec in fine quo dimiſſus fuit primus creditor, quia erat in dominio mariti. Docent ita Barthol. & Fulgoſius in eo textu quos ſequitur 2. *de pignor. cap.* 3. *n.* 4. ſed hæc communis interpretatio admitti non poteſt ex his quæ jam diximus, nam illo medio tempore, antequam res in dotem daretur, confectum fuit utrumque pignus, & ita vitioſa eſt collectio Africani in enumeratione partium, quia omittit medium tempus. Nec felicior extitit Accurſius qui alienas ſolutiones offert & omnes divinatorias, & contra expreſſa jura, ut qua ſolet dexteritate deprehendit Cujac. 8. *ad African. in dict. l.* 8. §. *finali.*

8 Quibus omiſſis Primatius quidam in Academ. *de pignoribus parte* 1. *cap.* 2. *num.* 51. Re pondet quod Africanus ponit deciſionem in qua negatur ſecundo creditori hypotheca contra maritum, poſita dimiſſi primi debitoris, & ita quærenda eſt talis dimiſſio, quæ locum faciat deciſioni, nam cùm nihil de forma dimiſſionis dicat Africanus, ſine divinationis vitio, talis ſupponenda eſt, qualis impediat ſecundum creditorem agentem hypothecaria, itaque contendit dici poſſe maritum dimiſiſſe primum creditorem, ex eo pacto, ut ipſe cederet actionem, & jus quod ipſe habet; quo pacto interpoſitò, maritus ſuccedit in primi creditoris locum, *l.* 1. *C. de his qui in prior. credit.* Excluditque poſteriorem creditorem contra ipſum agentem, *argumento dict. l.* 1. §. 7. *qui potior. in pign.* ita ut per hypothecariam non poſſit ab eo pignus avocari niſi à ſecundo creditore ſolvatur quantitas primo creditori à marito ſoluta, *l.* 1. *in fine C. ſi antiquior. credit. pign. vend. l.* 3. *C. de his qui in prior. credit.* junct. quæ tradit Meſa 1. *var. cap.* 21. idem Doctor eodem loco aliam ſolutionem aſſignat, ait enim quod etſi ſimpliciter dimiſſio facta fuerit, nullo pacto interveniente, tamen poteſt marito concedi retentio contra ſecundum creditorem ratione quantitatis ſolutæ primo creditori, argumento *l.* 17. *qui potior.* juxta meliorem interpretationem quam tradit Meſa *dict. tit.* 1. *var. cap.* 4. *num.* 8. Sed ex his ſolutionibus neutra placet, quia utraque divinatoria eſt, quia Africanus ſimpliciter proponit dimiſſum fuiſſe primum creditorem, nec aſſerit dimiſſum fuiſſe à marito, quin potius ut ex dicendis conſtabit, ſupponit dimiſſum fuiſſe à muliere debitrice quod verò ſimilis eſt. Præterea eſt falſa ex ſequentibus, quia alias rationem ſuæ deciſionis deduceret Conſultus à dimiſſione facta à marito; atqui eam deducit ex eo, quod maritus cui res æſtimata in dotem data eſt emptoris loco habetur, & quia nullum tempus invenitur habile ad pignoris convaleſcentiam, ergò ex allatis ſolutionibus utraque eſt falſa. Rurſus ſed fortiori & convincenti ratione oſtendo: utraque ſolutio ſupponit pignus poſterioris creditoris convaluiſſe, cum ei concedat actionem hypothecariam contra maritum, ſi ei offeratur quantitas primo creditori ſoluta; hoc verò disertè negat Africanus qui totus eſt in eo textu ut doceat poſterioris creditoris pignus non convaluiſſe, ergo præfati viri ſententia & mentti Conſulti & litteræ textus repugnat. Tandem Africanus poſteriori creditori contra maritum, qui ſcivit ei rem obligatam eſſe, concedit actionem hypothecariam, ergo ſuæ deciſionis ratio non pendet ex dimiſſione primi creditoris facta à marito, quia qui dimittit primum creditorem abſolutè ſine ſcientiæ, vel ignorantiæ diſtinctione in locum ejus ſubrogatur & poſteriorem creditorem excludit.

9 Hac ergo utraque ſolutione rejecta veriſſimam cenſeo ſententiam magni Cujacii 8. *ad African. in dict. l.* 9. §. *fin.* qui ſupponit priorem creditorem dimiſſum fuiſſe à muliere cujus ſolutio non marito ſed poſteriori creditori prodeſſet, ſi pignus convaluiſſet, & aſſerit duplici quaſi vitio laborare ſecundum pignus tempore conventionis, nam & res erat aliena & infirmum erat jus poſterioris creditoris, etſi aliena non eſſet, quia præcedebatur à priore creditore, & ita quamvis unumquodque per ſe non poſſet impedire pignoris convaleſcentiam juxta dicta *num.* 7. impedit tamen utrumque, quia quamvis medio tempore acquiſiiſſet dominium debitrix, non tamen fuit dimiſſus prior creditor, qui infirmum reddebat pignus poſterioris, & quamvis ex cauſa ſupervenientiæ dominii convaleſcere potuerat, non potuit ex altera, & uno verbo: infirmitas, quæ reſultabat ex pignoris poſteritate obſiſtit æquitati, quæ inducit convaleſcentiam pignoris rei alienæ ſuperveniente dominio in debitore, & ita ſi tempore, quo dimittitur prior creditor, res exiſtit in dominio mariti, non potuit poſteror creditor agere hypothecaria adversùs maritum, quia nunquam pignus convaluit, cùm res eſſet aliena tempore conventionis, & tempore, quo primus creditor dimiſſus fuit, niſi maritus ſciſſet ſecundo creditori rem alienam eſſe pignoratam, nam tunc id actum præſumitur, ut res æſtimata in dotem daretur fraudandi ſecundi creditoris cauſa. Hæc eſt elegans Cujacii ſolutio quam ſic explico: Tota ratio convaleſcentiæ pignoris rei alienæ per ſupervenientiam dominii æquitate nititur in ſtrictis juris regulis, quibus potius contrariatur, ut ſupra diximus, cùm verò res aliena duobus ſeparatim pignori obligatur, licèt per ſupervenientiam dominii prioris creditoris pignus convaleſceret, tamen infirmum eſſet, & ſine effectu ſtante primo creditore; undè deficit ratio æquitatis ad inducendam convaleſcentiam; quare ſuo tempore quo dimiſſus eſt primus creditor, res ſit in dominio debitoris poſterioris pignus convaleſcit, ſi verò eo tempore fuerit admiſſus primus quo res jam non erat in dominio debitoris, pignus convaleſcere non poteſt reſpectu poſterioris, cùm res ſit aliena, niſi forſan is in quem dominium fuit à debitore tranſlatum, ſcivetit poſteriori etiam creditori rem obligatam eſſe, tunc enim ex æquitate pignus convaleſcit, & competit poſteriori creditori actio hypothecaria ex ea æquitatis ratione, quod ſcilicet ejus fraudandi cauſa alienatio facta fuit, &

iniquum eſſet eam fraudem ei nocere, quam potius æquum eſt autori ſuo nocere; quæ ratio ceſſat contra eum qui pignorans dominium acquiſivit, & hæc eſt germana Africani ſententia quæ elegantem continet ſuperioris doctrinæ limitationem.

10 Solet etiam contra ſupra dicta expendi vulgaris textus in *l. ſi ſervo* 20. *qui & à quibus*, ubi ſi ſervo alieno libertas data fuerit, ait Modeſtinus valere ex autoritate juris non poſſe, quamvis poſtea manumiſſor Domino hæres extiterit; tunc ſic. En ubi libertas, quæ omnibus rebus favorabilior eſt alieno ſervo data non convaleſcit per ſupervenientiam dominii in manumiſſore: ergò fortiori ratione pignus rei alienæ adhuc ex æquitate non debet per ſupervenientiam dominii in debitore convaleſcere. Sed facilis eſt ſolutio, inſigne vertitur inter utrumque caſum diſcrimen, nam ubi res aliena pignori datur ex eo contractu reſultat perſonalis obligatio, ad cujus exemplum ex æquitate poſt ſupervenientiam dominii competit utilis hypothecaria, *dict. l. 6. C. hoc tit.* quia æquum eſt debitorem qui manſit perſonaliter obligatus poſt acquiſitum dominium pignoris obligationem confirmare, ut probant ab argumento *l. pen. de fundo dot. l. vir.* 42. *de uſucap.* in quibus alienario reſultans ex cauſa contractus ab initio inutilis, ex poſtfacto acquiſito dominio convaleſcit, at ex manumiſſione nulla naſcitur obligatio, quæ efficere poſſit, ut manumiſſor ei extet invidus, quapropter noo coovaleſcit, licet manumiſſor ex poſtfacto dominium ſervi fuerit adeptus. Docet Cujac. 3. *quæſt. Papin. in l. cum vir* 42. *de uſucap.* quem ſequitur Retes 3. *opuſc. ad lib. ſingul. quæſt. Scævolæ publ. tract. in l. ſi duo* 93. *de ſolut. num.* 12. Nec tunc obſtat textus in *leg.* 31. *de teſtam. mil. l. ſi cum* 14. *de opt. leg. l.* 2. *de manumiſ. l. ſi* 3. *de manum. vind.* in quibus ſi hæres deliberante collegatario ſervum legatum manumiſerit, moxque legatarius repudiaverit, libertas ſervo competit; nam tunc non convaleſcit libertas ab initio ſervo alieno data, ſed potius valet tanquam ab initio utilis, quia ſecuta repudiatione retrocreditur hæredem vel legatarium ſemper ſervi dominum fuiſſe ex *reg. l.* Garius 38. §. 1. *de legat.* 1. *l.* 8. *de legat.* 3. *l.* 1. §. *utrumque* 6. *ſi quid in fraud. patroni*, ac per conſequens eum utiliter manumiſiſſe docent Oroz. 1. *de apicibus cap.* 10. *n.* 43. & D. Retes 8. *opuſc. cap.* 26. Unde & eadem ratione pignus valebit, tanquam ab initio utile, ſi hæres rem legatam pignori dederit, ſi mox legatarius legatum repudiaverit, quia retrocreditur rem in ejus dominio fuiſſe ex die aditæ hæreditatis, ut probant eleganter ad rem textus in *l. proinde* 8. *de rebus credit. l.* 15. *de reb. dub.* in quibus ſi hæres pecuniam purè legatam per modum ſpeciei mutuam dederit ſecuta repudiatione legatarii mutuum conſiſtit tanquam ab initio utile, cum tamen mutuum requirat præcisè dominii tranſlationem, *l.* 2. §. 2. *de rebus credit.* eſſe traditiones rei legatæ ab hærede factæ mox repudiante legatario ſubſiſtunt, & ad tempus aditæ hæreditatis rediguntur, quia ex poſtfacto apparet quid actum ſit. Conducit & textus in *l. qui* 98. §. *rem au em* 3. *junct. l.* 26. *l. ſi quis* 46. *de ſolution.* junctis quæ tradit Petrus Faber 2. *ſemeſt. cap.* 7. facit etiam & textus io *l.* 44. *in princ. &* §. 1. *de leg.* 2. pro cujus expoſitiooe conſulendus D. Retes 5. *opuſc. cap.* 6. *num.* 15.

Ex quibus infertur quod debitor, qui rem alienam pignori ſuppoſuit, mox acquiſito dominio, eam ſecundo creditori pignori dederit, prior creditor in cauſa pignoris potior eſt, quia per ſupervenientiam dominii prioris creditoris pignus convaluit, antequam debitor ſecundo creditori rem pignori obligaſſet; unde prior creditor vel per exceptionem, vel per utilem hypothecariam actionem vincere debet non modo debitorem, ſed & ſecundum creditorem ab eo cauſam habentem, nam abſurdum foret plus juris habere ſecundum creditorem quam debitorem à quo ipſe cauſam habet, ut doctè animadvertit Petrus Faber 2. *ſemeſt. cap.* 18. qui hanc doctrinam optimè fundat ab argumento textus in *l. ſi* 72. *de rei vindic. l.* 2. *de except. rei judic. l. apud* 4. §. *ſi à Titio* 32. *de dol. mal. exceptio.* Ubi ſi is, qui rem alienam vendiderat, & tradiderat mox acquiſito dominio eam alteri vendiderit & tradiderit, dicitur meliorem eſſe prioris emptoris cauſam, quia etſi ipſe venditorem peteret à primo emptore, exceptione ſubmoveretur, etſi ipſe venditor poſſideret, primus emptor rem petens adversùs exceptionem dominii replicatione uteretur. Docet latè Caſtro *ad princ. inſtit. de empt.* §. 10. *num.* 20. *cum ſeqq.* in qua re illa notanda eſt differentia inter amptionem & pignus, quod ſcilicet, ita demum primus emptor in caſu propoſito ſecundo præfertur, ſi ei res ex ea cauſa tradita fuerit, alioquin ſi prius ſecundo res tradita fuerit, ſecuodus præfertur ex *reg. l.* 15. *C. de rei vindic.* quia ex cauſa venditionis, nec dominium, nec jus dominio proximum acquiritur emptori ante ſecutam traditionem, *l.* 50. *de rei vindic.* at in cauſa pignoris potior eſt prior creditor, etſi nuda res ſolum conventione ſit obligata, & licèt prius ſecundo creditori ſit tradita ex *reg. l.* 3. §. 1. *l.* 12. §. *fin. qui potior. in pig.* quia pignus etiam nuda conventiooe conſtituitur & ejus cauſa non ex traditione ſed ex conventione æſtimatur *l.* 2. *C. de remiſſ. pign.* Docet Cujac. 11. *reſponſ. Papin. in l.* 3. §. 1. *qui potior.* Petrus Faber 2. *ſemeſt. cap.* 17. & 18. & Faber *de error. decad.* 86. *error.* 9. & relati à Meſa 1. *var. cap.* 19. *num.* 28. 11

Vidimus jam pignus convaleſcere, ſi debitor rei alienæ quam pignori obligavit, ex poſtfacto dominium acquiſierit. Nunc videamus, an æquè pignus convaleſcat, ſi verus ejus dominus hæres extiterit debitori qui eam pignori dedit? in qua re non modo Interpretes, ſed & ipſi Conſulti contraria dixiſſe videntur. Paulus, namque in *dict. l.* 41. *de pignor. act.* expreſſè negat in præfata hypotheſi pignus convaleſcere, & ad hoc ut pignus per ſupervenientiam dominii convaleſcat, requirit, quod dominium ſuperveniat in eodem debitore, qui rem obligavit ex ea ratione, quia quando dominus ſuccedit ipſi debitori, non poteſt objici & turpitudo ſua, ac per conſequens deficit ratio convaleſcentiæ, quæ conſiſtit in eo, quod debitor non poſſit de turpitudine ſua excipere. Ex adverſo Modeſtinus in *l. ſi* 22. *de pignorib.* in ea ſpecie fatetur quidem pignus convaleſcere non poſſe directo, docet tamen 12

Digitized by Google

utiliter convaleſcere, & utilem hypothecariam creditori competere. Ex Interpretibus alii Pauli, alii verò Modeſtini partes ſequuntur, & eos diverſimodè nituntur conciliare plures ſolutiones afferentes, ut videre eſt apud Petrum Fabrum 2. *ſemeſt. cap.* 18. Duaren. 2. *diſcept. cap.* 4. quas omnes longo examine diſputat & rejicit Bachovius, *dict. lib. de pignor. cap.* 4. & ad Treuther. *dict. l.* 2. *diſput.* 1. *Theſi* 5. Mihi tamen placet ſententia Cujacii 3. *quæſt.* Paul. *in dict. l.* 41. *& lib.* 19. *obſervat. cap.* 26. cum quo ferè convenit Hottoman. 5. *obſervat. cap.* 18. diſtinguentis inter Pauli & Modeſtini tempus, nam Pauli tempore denegabatur utilis actio hypothecaria creditori, quia non poterat hæredi debitoris turpitudinem aliquam objicere. Modeſtini vero tempore concedi cœpit ex æquitate, quia ſcilicet qui debitori ſucceſſit, non ejus mendacium arguere, aut ut arguatur ſine re, is potius fidem liberare debet, cùm teneatur omninò ratum habere factum defuncti, *l.* 31. *de lib. cauſ. l.* 14. *de rei vind. l.* 1. §. 1. *de except. rei vend. & trad. l.* 14. *C. de evict. ex regula l. ex qua* 149. *de reg. jur.* Undè ſi hæres debitoris rem petat exceptione doli ſubmovebitur, ſi autem poſſideat & creditori petendi objiciat exceptionem, pariter doli replicatione repellitur. Nec tunc obſtat textus in *dict. l.* 73. *de evictiom.* Ubi Paulus ipſe docet hæredem ex propria perſona non poſſe revocare contractum defuncti, & cùm revocare tentat exceptione doli mali ſubmoveri, ac per conſequens contrariari ſibi ipſi videtur ſeu doctrinæ quam tradiderat in *dict. l.* 41. Nam reſpondeo Paulum in *dict. l.* 41. non denegare creditori rem pignoratam poſſidenti exceptionem doli mali adversùs hæredem debitoris vindicantem, ſed ſolum actionem hypothecariam, ejus enim tempore licet creditori denegaretur actio, non tamen denegabatur exceptio, ut ab argumento *dict l.* 73. poſtea vero Modeſtini tempore concedi cœpit utilis hypothecaria ex æquitate, & ut circuitus vitaretur; quia ſi dabatur actio pignorititia perſonalis contra hæredem debitoris, ob id, quod rem alienam pignori dedit, & per eam deveniendum erat ad effectum hypothecariæ, quid mirum, quod ab initio detur utilis actio hypothecaria ad evitandum circuitum. Nec etiam obſtat textus in *l. ult. C. de evict.* Nam quod ibi dicitur hæredem fidejuſſoris poſſe rem ſuam ex propria perſona ab emptore vindicare, ita intelligendum eſt, ut jura quædam poſſit vindicare; repellatur tamen per exceptionem doli, & hanc eſſe ejus textus ſententiam ex eo liquet, quod ſubjicitur ſcilicet, re evicta hæredem fidejuſſoris ob evictionem teneri, & notum eſt, quod quem de evictione tenet actio, eundem vindicantem repellit exceptio, *l. vindicantem* 17. *de evict.* Docet Cujacius 3. *quæſt.* Paul. *in dict. l.* 41. & Donell. *in recit. ad text. in l.* 11. *C. de evict.*

13 Convaleſcit etiam rei alienæ pignus ſubſecuta ratihabitione, *l. aliena* 20. *in princ. de pign. act. l.* 16. §. *ſi neſciente* 1. *de pignor.* quia ratihabitio in his omnibus quæ à voluntate ratum habentis dependit, mandato æquiparatur, *l.* 12. §. *item ſi fin. de ſolutionib. l.* 25. *C. de donat. inter vir. cum pluribus*, cumque res aliena mandato dominii poſſit pignori obligari, ut ex dicendis ſequenti capite conſtabit, per domini ratihabitionem pignus convaleſcit, perinde ac ſi ab initio ejus voluntate res pignori obligata fuiſſet, undè competit creditori directa actio hypothecaria, quia directò pignus convaleſcit ad differentiam ejus caſus, quo pignus convaleſcit per ſupervenientiam dominii in debitore, quo non directa, ſed utilis hypothecaria competit creditori, quia non directò ſed utiliter pignus convaleſcit, ut ſuperiùs diſputavimus. Nec tunc obſtat *vulg. regula l.* 29. *de reg jur.* nam pignus ſecuta ratihabitione retrocreditur ab initio conſtitiſſe, *dict. l.* 16. §. 1. *de pignor.* ut rectè animadvertit Donell. in *dict. l. ult. C. ad Macedon. num.* 1. vel etiam reſponderi poteſt ex ſententia Fabri in *rat. dict. l.* 20. *de pign. act.* eàm regulam ita accipiendam eſſe ut ſcilicet, quod ab initio vitioſum eſt ſolo tractu temporis non convaleſcat, poſſit tamen convaleſcere, ſi quis ad tractum temporis extrinſecus recedatur, quomodo ponimus hic accedere ratihabitionem dominii, qui ipſe ab initio rem ſuam pro alieno debito pignorare utique valuiſſet. Nec etiam obſtat textus in *l. ſi* 6. §. *ſed ſi* 6. *verſ. nam etſi ſervum &* §. *item* 9. *in fin. de negot. geſtis.* ubi ſolum negotium quod ejus nomine geſtum non eſt, ut ſcilicet per ratihabitionem negotium ſuum efficiatur, quod ſuum non fuit ſuperioribus locis adductum eſt; poteſt tamen quis ratum habere, ut approbaret negotium, quod circa rem ſuam nomine geſtum non eſt, ut conſentiret alienationi rei ſuæ, *l. mancipia* 4. *C. de reb. alien. non alien.* aut pignorationi, quia hæc approbatio & conſenſus ſufficit ad dominium transferendum, ubi res jam eſt penes emptorem, *l. qui* 9. §. *ſi interdum* 5. *de acquir. rer. dom.* aut ad conſtituendum jus pignoris, *l. contrahitur* 4. *de pignor.* Docent ex mente antiquorum Faber *in rat. ad dict. l.* 20. Donellus *ad tit. C. de rebus alien. non alien. n.* 17. D. Larreategui 2. *ſelect. cap.* 5. *n.* 4. & 14.

14 Verum licèt per ratihabitionem dominii rei alienæ pignus convaleſcat in præjudicium domini qui ratum habuit pignus, non tamen convaleſcit in præjudicium ejus qui antè ratihabitionem eam rem à domino pignori accepit, cujus jus & anterioribus auferri à domino non poteſt ex ſequenti ratihabitione, ſicut nec tollitur ex eo quod dominus ſecundo creditori rem pignori obligaverit, ut animadvertit Faber *in rat. ad dict. l.* 10. *de pign. act.* Nec huic doctrinæ obſtat textus in *dict. l.* 16. §. 1. *de pignor.* ubi ſcribit Martianus quod ſi dominus ratum habuerit rei ſuæ pignus ex ejus voluntate retrorecurrit ratihabitio ad illud tempus, quo convenit de pignore; ex quo colligi videtur primum creditorem, cui res à non domino pignori data fuit, ſecuta domini ratihabitione præferendum eſſe ſecundo creditori, cui dominus antè ratihabitionem eandem pignori obligavit, nam hæc retrotractio ut dixi, ſolum habet locum in præjudicium domini, non verò adimere poteſt jus alii tertio ante ratihabitionem quæſitum, quæ quidem indicaſſe ſatis ſit; nam tractatus de poteſtate & affectivus ratihabitionis ad rem noſtram non conducit, ſicut nec quæſtio de prioritate inter creditores hypothecarios. De ratihabitione planè tractant Donellus, Larreateg. & ab eo relati

locis nuper allegatis, ut ſic huic capiti finem imponamus, & ad alia tranſeamus.

CAPUT TERTIUM.

In quo caſus, in quibus rei alienæ pignus ſubſiſtit ſigillatim explicantur.

1 SUpereſt jam ut caſus, quibus rei alienæ pignus ſubſiſtit, ſigillatim breviter tamen exponamus, quorum primus eſt, ſi domini voluntas intercedat, tunc enim utiliter res aliena ab initio pignori obligatur, perinde ac ſi ab ipſo domino pignori obligata fuiſſet *dict. l.* 20. *in princ. l. petenti* 27. *de pignor. act. l.* 5. §. *rem tibi* 12. *commodati.* Hæc autem dominii utilitas, ſeu conſenſus non modo verbis, ſed & rebus ipſis & factis declaratur; qua ratione ſi dominus poſtulante debitore ſua manu ſcripſerit inſtrumentum obligationis rei ſuæ, hoc ipſo obligationi conſentire intelligitur, Modeſtinus reſpondet in *l.* 26. §. *pater* 1. *de pignor.* quod idem dicendum eſt, ſi dominus ſcripſerit inſtrumentum obligationis ſuæ rei tanquam teſtis, ut indicat idem Conſultus in *dict. l.* 25. §. 1. aut ſi obligationi adfuerit, & tacuerit, quia ſubſcribens alicui inſtrumento cenſetur approbare omnia in eo contenta, perindè ac ſi totum illud ſua manu ſubſcripſerit, *l. ſicut* 8. §. *non videtur* 15. *verſ. ſed ſi l.* 9. §. 1. *quibus mod. pign. ſolv. l.* 15. *C. de admin. tut.* & pariter qui adeſt obligationi ſuæ rei ex ſua taciturnitate ei conſentire intelligitur, ne creditor eadem diſſimulatione decipiatur, ut probant ab argumento textus in *l. quidam* 12. *de evict. l. ſcribi* 38. §. 1. *de donat. inter virum l.* 4. §. *quæſitum* 12. *de dol. except.* & in terminis expreſſi textus in *l. fine* 5. *C. ad Velleian. l.* 2. *hoc noſt tit. l.* 1. *C. de diſtract. pignor.* niſi forſan dominus ipſe deceptus ſit, ut ſuadent textus in *l.* 2. *Cod. de rebus alien. non alien. l. ult. C. plus valere, quod agitur.* Nec tunc obſtat *dict. l.* 8. §. 15. *in princ. quibus mod. pign. vel hypot. ſolv.* ubi creditor qui ſcivit rem obligatam à debitore alienari, & non contradixit, non ideò intelligitur alienationi conſentire, quia ideò paſſus eſt rem alienari, quia ſcivit jus pignoris integrum permanere; nam reſpondeo Conſultum in eo textu loqui quidem de creditore, qui ſcivit rem ſibi obligatam alienari, non tamen adfuit alienationi, alioquin ſi creditur præſens fuiſſet, & ſolviſſet, procul dubio jus pignoris amiſiſſet, ne aliàs ſua diſſimulatione emptorem deciperet. Nec etiam obſtat *l. Gaius* 39. *de pign. act.* Ubi Modeſtinus reſpondet fundi dominum, qui inter cæteros ſignavit teſtamentum, in quo continebatur emptum fuiſſe à teſtatore eundem fundum ſibi non præjudicare, quominus eum fundum adhuc ſuum dicere, nam Conſultus in ejus textus ſpecie tractat de teſtamento in ſcriptis condito, cujus tenor à teſtibus ignoratur, qua ratione teſtis qui ignoravit ea, quæ in teſtamento continebantur, non intelligitur ratione ſubſignationis fundi ſui emptioni conſenſiſſe, ut probat textus in *l. Titius* 8. *de reſcind. vendit.* Docet Faber in *rat. dict. l.* 39.

2 Expendi etiam poteſt aliud ejuſdem Modeſtini reſponſum in *l.* 34. §. *Lucia Titia* 2. *de legat.* 2. ubi cum ſervo Sempronii in codicillis ab inteſtato factis relicta domus per fideicommiſſum proponeretur, filii defuncti, iidemque hæredes bona matris diviſerunt, & interea domum præſente Sempronio quaſi teſte, & quæritur an dominus acquiſitam ſibi per ſervum fideicommiſſi perſecutionem amiſiſſet, ob id, quod interfuiſſet diviſioni? Reſpondet Conſultus nec fideicommiſſum ipſo jure amiſſum, quod nec repudiari quidem poterat, nec doli exceptione ſubmoveri dominum oportere, niſi evidenter apparuerit amittendi fideicommiſſi cauſa hoc eum feciſſe. Tunc ſic, in hac ſpecie dominus adfuit diviſioni eo tempore, quo non ſolùm aperti erant codicilli, ſed etiam ipſe fideicommiſſum ſervo ſuo relictum agnoverat, alioquin poſſet fideicommiſſum ex ſententia Pauli in *l.* 7. *de leg.* 1. quem ſic cum Modeſtino conciliat Cujacius 3. *obſerv. cap.* 12. & tamen non ex eo intelligitur conſentire diviſioni domus ſervo ſuo fideicommiſſum relictæ: ergò pariter licet dominus interſit obligationi rei ſuæ, non ideò debet intelligi conſentire; ſed reſpondendum eſt, quod toties præſentia cum patientia & taciturnitate conjuncta nocet, quoties is qui præſens fuit, tacuit, alioquin decepiſſet contrahentem, & juxta ejus ignorantiam circumveniſſet, & ea rátione quoties dominus adeſt rei ſuæ obligationi, præſentia ei nocet, ne aliàs decepiſſet creditorem, & in *dict. l.* 34. §. 2. Dominus qui tanquam teſtis adfuit diviſioni, non poteſt dici eos, quorum negotio & diviſioni adfuerat decepiſſe, cum ignorare non poſſent in codicillis jam apertis relictum fuiſſe fideicommiſſum, ita certiorari non debuerunt, cùm ita certi eſſent ex regula *l.* 1. *in fin. de act. empt.* nec ab aliis, quam à ſeipſis decepiſſe quæri poſſunt, qui domum quam Sempronio per fideicommiſſum acquiſitam ſciebant, inter ſe tamen quaſi hypothecariam diviſiſſent, *l. nam* 26. *de rei vind.* Undè ſi creditor ſciret rem alienam eſſe, licet dominus adfuiſſet obligationi rei ſuæ, non tamen intelligeretur ex eo conſenſiſſe, quia creditor à ſeipſo potius, quam à domino deciperetur. Docet Faber in *rat. dict. l.* 39. *de pign. act.*

Pendet etiam explicandus textus in *l. Pomponius* 5. §. *ſi quis* 2. *in quib. cauſ. pign. tacit. contrah.* Ubi docet Martianus quod ſi quis fidejubeat & res illius à debitore pro quo fidejuſſit pignori data ſit, hoc ipſo, quod fidejuſſiſſet, intelligitur mandare rem ſuam obligatam eſſe; in qua ſpecie voluntatis conjectura ex eo deſumitur, quod nimirum qui ſeipſum pro alio obligat, multò magis rem ſuam quæ ab eodem oppignorata eſt, obligatam eſſe patietur; idque ſe velle ſequenti facto, ſcilicet fidejuſſionis declaravit argumento *l.* 11. *de evict.* Undè rectè ait Martianus, ſi antè quis fidejubeat, poſt deinde ejus res hypothecæ ſint datæ, non idem dicendum eſſe, quia ſcilicet nullum factum poſt pignoris dationem ſecutum eſſet, quo illum eam obligationem probare conſtaret, docet Donellus *de pignorib. cap. de pignore condition. circa princ.* Rursùs pendet ex dictis non ſolum dominum, ſed & alium quemlibet poſſe ex ejus voluntate rem pignori obligare, quapropter procurator poteſt 3

rem domini pignori obligare, ſiva hoc ei ſpecialiter mandatum eſt, ſive univerſorum bonorum adminiſtratio ai promiſſa fuerit ab eo qui ſub pignoribus ſolebat pecunias mutuas accipere, *l.* 11. §. *ult. cum l. ſeq. de pign. act. l.* 21. *in princ. de pignor.* Non intereſt an ſit procurator omnium bonorum, an verò libera ei adminiſtratio conceſſa ſit, ſicut nec intereſt an aliquis ſimpliciter inſtitutus ſit; an ex aſſa, adminiſtratio enim quantumvis ſimpliciter intelligitur libera tradita exceptis his, quæ non contioentur in omni mandato generali, ot eſt donatio *l.* 7 *de donat.* ſervi manumiſſio *l. ſervus* 13. *de manumiſſ.* rei dominicæ obligario *l.* 1. §. 1. *quæ res pign.* pignoris aut hypothecæ liberatio, *l.* 7. §. 1. *quibus mod. pign. ſol.* & denique alia qoævis rei dominicæ remiſſio, *l.* 60. *de procurat. l.* 12. *C. de tranſact.* & rerum alienatio quam non exigit adminiſtrationis ratio, *dict. l.* 63. *de procuratorib.* Si tamen ratio adminiſtrationis exigat, poteſt ſocietati renunciare, *dict. l.* 63. §. *renunciare* 7. *pro ſocio.* Sic intelligendi in *l.* 9. §. 4. *de acquir. rer.* §. *nihil autem* 42. *inſtit. de rer. diviſ.* Vinn. 1. *ſelect. cap.* 9. ſi verò contrà dominii volontatem rem dominicam dederit inutile pignus eſt, *l.* 1. *& ult. C. hoc noſt. tit.* quo tamen caſu cum in rem domini verſa fuerit ex æquitate competit creditori retentio, *dict. l.* 1. *C. hoc noſt. tit. ex regula l.* 1. *de pignor. l.* 1. *quib. mod. pign. ſolv.* ubi Cujac. 11. *reſponſ. Pap. l. un. C. etiam ob chyrograph. pecun.*

4 Pari ratione filiusfamilias & ſervus ſine domini aot patris voluntate non poſſunt eorum res pignori obligare *l. dominum* 3. *quod juſſu l.* 29. §. *fin. de pignor. l.* 4. *C. hoc tit. ex regula l. filius* 23. *C. de pactis l.* 7. *C. de rebus credit.* tamen ſi liberam peculii adminiſtrationem habuerint, poſſunt res peculiares pignori obligare *l.* 18. §. *fin. cum l. ſeq. de pign. act. l.* 13. *de pignor.* quemadmodum non poſſunt paciſci ne res pignori ſit *l.* 8. §. *an paciſci* 5. *quibus mod. pign.* niſi pretium pro pactiona recipiat ex ratione *dict. l.* 7. *de donat. l. contra* 28. §. *fin. de pact.* nec ullum adeſt diſcrimen inter caſum quo peculium eſt ſimpliciter conceſſum, & caſum, quo libera peculii adminiſtratio conceſſa eſt, ut conſtat ſi inter ſe conferantur *ex dict. l.* 18. §. *ult. cum l. ſeq. de pign. act. l.* 41. §. *fin. de rei vind. l. libera* 48. *in prin. &* §. 1. *de pecul. l. pen.* §. 3. *de diverſ. præſer. l.* 28. §. *ult. de pactis dict. l.* 8. §. 5. *quibus mod. pignus.* Nec tunc obſtat textus *in dict. l. ſi liberam* 10. *C. quod cum eo qui in alien.* &c. nam hic textus vel ita accipiendus eſt ut ſolum conſtituat differentiam inter ſervos aut filios, quibus peculium conceſſum eſt, & eos qui peculium non habent, vel ita ut plus liceat filiis, aut ſervis quibus libera peculii adminiſtratio conceſſa eſt, quam procuratoribus, tum quia peculium eſt quaſi proprium patrimonium filii familias aut ſervi *l.* 5. *cum aliis de pecul.* tom quia una eademque filii & ſervi & patris & domini perſona videtur *l.* 10. *de opt. leg.* in eo tamen filiifamilias & ſervi ſimiles ſunt procuratoribus, quod non poſſunt res domini aut patris pro alio obligare & per conſequens nec ratam habera obligationem rei patris aut domini ab extraneo factam juxta textum ſic intelligendum *in l. ſi fundus* 16. §. 1. *de pignor.*

Ex eadem ratione tutores aut curatores ado- 5
leſcentis aut furioſi res eorum quorum tutelam, aut curam adminiſtrant pignori obligare poſſunt, dummodo in rem eorum pecuniam accipiant, non ſi in rem ſuam *dict. l.* 11. §. *fin. l. tutor* 16. *de pign. act. l.* 3. *&* 7. *C. hoc tit. argumento dict. l.* 1. *in prin. quæ res pignor. l.* 11. *de procurat. furioſ.* quia dominorum loco habentur, cum benè & ex fide tutelam aot curam adminiſtrant *l.* 7. §. *ſi tutor* 3. *pro empt.* non cum minores exſpoliant *l.* 11. *de curat. furioſ. l.* 56. §. 4. *de furt.* quare nec paciſci poſſunt ne res minoribus obligata ſit niſi pretium pro pactiona recipiant *dict. l.* 7. *in prin. quibus mod. pign. ex reg. l.* 28. §. 1. *de pactis l.* 22. *C. eod.* docent Faber. *in rat. dict. l.* 11. §. *ult. & ad dict. l.* 16. *de pignor. act.* Cujac. 29. *Pauli ad edict. in dict. l.* 16. ita tamen pignus à tutoribus aut curatoribus datum conſiſtit, ſi lex non refragetur ut ait Paulus *in dict. l.* 16. nempè ſi pignori dederit rem mobilem, nam ex Severi oratione prædium ruſticum aut ſuburbanum tutores aut curatores ſine prætoris decreto pignori obligare non poſſunt *l.* 1. §. 2. *& per tot. de rebus eor. l.* 1. *C. de præd. min.* & ex conſtitutione Conſtantini *in l.* 22. *C. de admin. tut.* nec urbanum prædium poſſunt pignori obligare ſine decreto, ita ut præcisè requiratur decretum ad pign. obligationem, nec ſufficiat decretum ſeu permiſſio venditionis *l.* 7. §. *ſi* 3. *de rebus eorum*, à qua tamen regula ille caſus excipitur, quo tutorem primo creditori obligatum ſecundo creditori obligat à quo mutuam pecuniam accepit ut ſatisfaccret priori *dict. l.* 7. §. *fin. l.* 12. *de rebus eorum qui ſub tut.* quia nihil tunc ſit extra pupilli utilitatem docet Faber *in Papin. fol.* 13. *p. illat.* 89. ſimiliter & qui bona reipublicæ jure & mandato proprio adminiſtrat, ſi mutuam pecuniam pro ea recipiat, poteſt rem ejus pignori obligare *l. ſi is qui* 11. *de pignor. argumento l. civitas* 27. *C. de rebus credit.* nam adminiſtrator & curator civitatis ea omnia facere poteſt, quæ ad ejus utilitatem pertinent *l.* 1. §. 1. *quod cujuſque univerſ.* docet Faber *in ration. dict. l.* 11.

Secundus caſus, quo res, quæ in bonis eſt 6
utiliter obligatur, cum res, quæ in rerum natura non ſunt; ut fructus naſcituri; partus ancillæ; aut fœtus pecorum hypothecæ dantur *l. & quæ* 15. *de pignor.* quo tamen caſu neceſſum eſt res ipſas principales, ut fundum, aocillam, aut pecora eſſe in bonis debitoris *dict. l.* 11. §. 3. *qui potior. in pignor.* ut dixi *ſupra cap.* 1. *n.* 30. ad quam partem pertinet textus *in l. grege* 13. *in prin. de pignorib.* ubi ſi grex pignori obligatus, non ſolum quæ poſtea naſcuntur, tenentur, ſed etſi prioribus capitibus decedentibus totus grex fuerit renovatus pignori tenetur *ex regula l. proponebatur* 76. *de judic.* Nec tunc obſtat textus *in l. fidejuſſor* 26. §. *ult. de pignor.* nam ideo ibi mancipia ſubſtituta in locum demortuorum pignori non tenentur quia debitor non obligavit familiam omnem ruſticam; ſed nominatim mancipia quæ tunc extant in prædiis, quemadmodum & cum quis merces quæ ſunt in taberna nominatim pignori obligat, eis peremptis non continentur, quæ in earum locum reparatæ ſunt, niſi id nominatim actum ſit *l. qui Romæ* 122. *de verb. oblig.* ſed ſi tabernam obligaverit continentur etiam permutatæ & reparatæ merces ſubſtractis prioribus *l. cum*

tabernam 34. *de pignorib.* docent Cujacius 4. *reſponſ.* Modeſtin. *in dict. l.* 26. *§. ult. de pignor.* & Donell. *de pignor. cap. de pign. convent.* ab hac tamen doctrina ille caſus excipitur qui proponitur *in l. ſpem* 5. *C. quæ res pignor.* ubi Alexander reſcribit ſpem eorum præmiorum, quæ pro coronis athletis penſitanda olim fuerunt, ne privata quidem pactione piguorari potuiſſe, ne adempta ſpe his præmiis potiundi, quæ jam antè obligata eſſent, athletis virtus & alacritas remitteretur ad animosè & fortiter certandum, quæ præcipuè præmiis propoſitis accenditur; commoda tamen ipſa, quæ jam propter coronas ſacras præſtantur, pignori capi poſſe, tradit Papin. *in l. commodis* 40. *de re jud.* ubi Cujac. 1. *reſponſ. Papin.* Alter etiam caſus excipitur *in l. fin. circa fin. C. de pactis* ubi aſſeritur, quod res illius de cujus hæreditate habetur ſpes, non poteſt eo ſuperſtite pignori obligari nb improbitatem ſcilicet, quia continet pactum de hæreditate viventis, Neguſantius *de pignor.* 2. *part. memb.* 3. *n.* 59.

7 Tertius ultimuſque caſus eſt res prorsùs aliena pignori obligata ſub conditione ſi debitoris facta fuerit, ſeu ſi in ejus dominium pervenerit, *l.* 16. *§. aliena* 7. *de pignor. l.* 7. *§.* 1. *qui potior. in pign.* nam cum in id tempus tota pignoris ſubſtantia conferatur, quo res ſit in bonis debitoris utilis debet eſſe pignoris obligatio ex regula *l.* 51. *de uſufruct. l. quod* 4. *C. de donat. ante nupt.* qua ratione conventio generalis in pignore dando bonorum, vel poſtea quæſitorum recepta eſt, ut ait Papin. in *l.* 1. *de pignor.* ideoque valet generalis obligatio bonorum poſtea quæſitorum, quia ſub conditione, ſi pervenerint ad debitorem contrahitur, ut ecce ſi quis obligaverit omnia bona, quæ habet habituruſve, ut in *l.* 6. 15. *§.* 1. *l.* 34. *§. ult. de pignor. l.* 7. *§.* 1. *l. ult. qui potior. in pign.* relativum illud futuri temporis inducit conditionem ex regula *l.* 122. *de verb. oblig.* Nec tunc obſtat *l. ult. C. quæ res pignor.* ubi ſi quis bona ſua obligat ſimpliciter pignus extenditur ad futura, & tamen in propoſito hæc obligatio non ſit conditionalis; nam reſpondeo cum Cujacio ad *tit. C. quæ res pignor.* quod Juſtin. in *dict. l. ult.* noviter conſtituit obligationem bonorum comprehendere bona non ſolum præſentia ſed futura propter voluntatem contrahentium, quæ ex uſitata vulgataque forma obligandi in generali obligatione præſentia & futura, ut conſtat *ex dictis juribus & ex l.* 3. *C. de ſerv. pign. dat. man.* quapropter etſi contrahentes futurorum mentionem omiſerint ex vulgato contrahendi modo, omiſſa non cenſetur futurorum obligatio, qui clauſula apponi ſolita à contrahentibus, etſi omiſſa fuerit habetur pro expreſſa, *l.* 31. *§. quia aſſidua* 20. *de ædil. edicto l.* 6. *§.* 8. *de furt.* Meſa 2. *var. cap.* 33. *num.* 5. *& lib.* 3. *cap.* 13. & hac ratione quæ jam ante Juſtinianum invaluerat extenſa eſt conventio contrahentium ad futura etiamſi omiſſa eſſet, habita ſolum ratione voluntatis, quæ reſultat ex vulgato contrahendi modo, non autem ex conceptione verborum, *l.* 7. *de aur. legato cum aliis.*

8 Nec etiam obſtat textus in *l. ult. de remiſſ. pign.* ex quo probari videtur obligationem generalem non comprehendere futura, licet conventio facta fuerit, nam ratio ejus decisionis pendet ex principiis pignoris generalis, in quo non ſufficit, quod verbis generalibus aliquæ res comprehendantur, quod ex contrahentium voluntate & ſententia comprehendi poſſint, ut dicere ſolemus in obligatione generali non venire ea, quæ quis verò ſimiliter ſpecialiter obligaturus non eſſet, *dict. l.* 6. *cum ſeqq. de pignor. l.* 1. *C. quæ res pign.* quia etſi verbis generalibus comprehendi poſſint, tamen deficit mens & contrahentium ſententia. Idem dicendum eſt circa rem quæ ſemel creditoris voluntate intercedente exempta fuit obligatione generali, nam etſi obligatione generali præſentium & futurorum comprehenſa eſſet, tamen excepta fuit ſpeciali illa voluntate, quæ poſtea fuit ſubſecuta, & conſequenter ſi denuo acquiratur debitori ſine nova ejus voluntate, in obligationem incidere non poteſt, nam obligatio generalis, quæ apta erat ea comprehendere derogata eſt per ſpecialem exceptionem, *l. in dolo* 80. *de reg. jur.* Docent Donellus in *dict. l. ult.* Cujacius 3. *quæſt.* Paul. in *l.* 10 *quibus mod. pign.* Bachov. *de pignor. lib.* 5. *quæſt.* 7. ſed dices ideò res hæc excepta fuit à generali obligatione, quia alienata fuit, ſed alienatio ceſſat eo ipſo, quod res redit ad poteſtatem debitoris, ergò ſtatim debet inſtaurari obligatio. Reſpondeo quod res hæc fuit excepta à generali obligatione non propter obligationem ſed propter voluntatem creditoris, quare pignus non poteſt inſtaurari ſine nova voluntate debitoris cui ſemel liberatio fuit quæſita argumento *dict. l. ult. de pactis.* Quin imò falſum eſt alienationem ceſſare, quia res ex novo titulo redit ad debitorem, & ita pariter obligatio effectum habuit. Docet Donellus in *dict. l. ult. de remiſſ. pignor.*

Huic tamen Juſtiniani deciſioni opponi ſolet 9
textus in *l.* 8. *§. ſupervacuus* 7. *quibus mod. pign. ſolv.* cujus difficultate convictus Merillus in *dict. l. ult.* aſſeruit in eo veſtigio ſtare contrariæ ſententiæ quam aliquibus Conſultis placuiſſe inſinuat Juſtinianus; verum hac aſſertione omiſſa reſpondendum eſt Conſultum de eo caſu diſputare, quo debitor colluſoriè & captata voluntate creditoris agrum ſpecialiter hypothecæ datum vendidit, & eum ab emptore ſtatim recepit, quo caſu ait ſupervacuum eſſe quærere de alienatione facta conſenſu creditoris, quia venditio in rei veritate effectum non habuit, vel quia ſimulata fuit venditio, vel quia ei color fraudis quæſitus præſumitur, ſi ſtatim poſt alienationem res alienata redeat in poteſtatem debitoris contra quem extat præſumptio; nam excipiatur, de rei vindicatione facta conſenſu creditoris replicavit ratione creditor præſumpti doli contra debitorem pignus poſſidentem non ſoluta pecunia, inerit doli mali ſuſpicio tranſlata ad præſens tempus, id eſt dolus, qui adfuit in venditione, contrahitur ad tempus replicationis, quia explicata fuit ex celeri reverſione; & hoc modo intelligenda & conjungenda ſunt verba finalia, *dict. §.* 7. cum ejus principio, in quo ejus exceptio ponitur in verbo *enim*, quod exceptionem indicat, ſcilicet ſi venditio celebrata fuerit bona fide, ita ut ex celeri tranſitu dolus argui non poſſit, veluti ſi emptor hæres extiterit debitori, aut bona redemerit, nam contra præſumptionem reſultantem ex celeri tranſitu admittitur

probatio contra jus præſumptionis reſultantis ex eo quod hæres extiterit, aut bona fide redemerit, quibus juribus non habuit effectum replicatio creditoris, ſicut locum habuit in caſu principii & in finalibus verbis *dict.* §. 7. Docet Bachov. *dict lib.* 5. *cap.* 7. Nec tunc obſtat textus in *l.* 10. *quibus mod. pign. & in l.* 12. §. 12. *de captiv.* Nam reſpondeo quod aut res revertitur ad poteſtatem debitoris ex antiqua cauſa aut ex nova, ſi ex antiqua incidit in obligationem, quia ſicut dominium habet debitor ex antiqua cauſa, ſic & creditor pignus ſi verò ex nova non incidit, quia cùm debitor eam habeat ex nova cauſa, nova ejus voluntas exigitur. Docent Cujac. 3. *quaſt.* Paul. in *dict. l.* 1. Donell. in *dict. l. ult. de remiſſ. pign.* Conanus 4. *comment. cap.* 19. Bachovius *ubi nuper.* Hinc pendet ea quæſtio, an ſcilicet rei alienæ pignus ſub alia conditione contractum utile eſſe debeat, ſi exiſtentis conditionis tempore res ſit in bonis debitoris? In qua re ſola juris ratione duce exiſtimo dicendum utile eſſe argumento, *l.* 61. *de contrah. empt. l.* 31. *&* 98. *de verb. oblig. juncta regul. l. ſi* 78. *eod.* Nec tunc obſtat textus in *dict. l.* 11. §. *etſi* 3. *qui potior. in pign.* ubi ad hoc ut conſiſtat hypotheca fructuum naſciturorum quæ conditionalis eſt, *l.* 8. *de contrah. empt. cum pluribus.* Requiritur prædium eſſe in bonis debitoris tempore conventionis, ex quo infertur quod ſi quis fructus ex alieno prædio pignori obligaverit, inutile pignus eſt, licèt exiſtentis conditionis tempore res ſit in bonis debitoris, ac per conſequens pignus contractum in re aliena ſub conditione inutile eſſe, licet exiſtentis conditionis tempore res ſit in bonis debitoris. Nam reſpondeo fructuum naſciturorum hypothecam puram eſſe, licet ex re ipſa capiat dilationem, ut de ſtipulatione fructuum dicitur in *l.* 73. *de verb. oblig.* Quare ut utilis ſit requiritur prædium conventionis tempore eſſe in bonis debitoris, ad hoc ut ea ratione fructus quodam modo eſſe in bonis intelligantur, quæ ratio ceſſat ubi rei alienæ pignus ſub conditione contrahitur, tunc enim ſi exiſtentis conditionis tempore res ſit in bonis debitoris pignus rectè conſiſtit, perinde ac ſi ab initio res in bonis debitoris ſit, conducunt quæ ſubtiliter tradit Neguſantius *de pignor.* 5. *parte membro* 2. *num.* 40. *&* 41. Cum quibus finitur hæc academica tractatio de pignore rei alienæ.

DON JOANNIS PUGÆ ET FEIJOO

JURISCONSULTI, ET PRIMARII ANTECESSORIS SALMANTICENSIS,

TRACTATUS ACADEMICUS VI.

De Diſpoſitione in incertam perſonam collatâ, ſivè ad §. incertis 25. inſt. de Legatis, *& ad Titulum Codicis de incertis perſonis.*

CAPUT PRIMUM.

Præmittuntur aliqua de diſpoſitione in incertam perſonam collatâ.

1 VETERIS juris ſubtilitatem circa legata, & fideicommiſſa incertis perſonis adſcripta reſeti, & abrogat Imperator noſter. Olim incertis perſonis nec hæreditates, nec legata, nec fideicommiſſa relinqui conceſſum erat; ut teſtatur Paulus *libro ſentent. tit.* 6. *de legat.* §. *legatum*, *& in leg. ſciendum* 70. *de verb. ſign.* & Ulpianus in *leg.* 9. §. *hæres* 9. *de hæred. inſt. & in fragm. tit.* 24. *de legat.* §. *incertæ* 18. *& tit.* 22. *qui hæredes inſt. poſſ.* §. *incertæ* 3. Ubi hujus rei eam reddit rationem, *quoniam certum concilium debet eſſe teſtantis*, ſic enim veteres verba legis 12. *tabul.* quæ teſtamenti factionem civibus induxit, de quibus in *l.* 120. *de verb. ſign.* accepere, ut certo concilio liceret patribus familias ſuprema elogia ordinare, verùm hæc ratio animum noſtrum adhuc non explet, niſi & ejus ratio reddatur: & antiquioribus omiſſis, qui in præſenti ſine luce dicebant; Olanus 2. *paral. cap.* 10. *num.* 17. & Vinnius in præſenti exiſtimant ideò concilii teſtatoris certitudinem veteres exegiſſe, quia *ſpecies quædam dementiæ eſſe videbatur hereditatem, aut bona magno ſæpè labore quæſita incertæ perſonæ relinquere.* Sed hæc ratio facilè convincitur, nam ſi inepta eſſet voluntas teſtatoris in incertam perſonam collata, nec naturalem pareret obligationem, *l. ſervus* 113. §. *ult. de legat.* 1. *textus in l. non ſolùm* 31. *de oblig. & act. junctâ leg.* 29. *de fidejuſſor.* Sed legatum incertæ perſonæ relictum naturalem parit obligationem, ut ex eo dignoſcitur, quod per errorem ſolutum erat repeti non poteſt, ut aſſerit Juſtinianus *in calce* §. *incertis* 25. *inſt. de legat.* ex quo præcipuè obligationes naturales æſtimantur, *l.* 1. §. *id* 17. *ad falcid. l. naturæl.* 10. *de obl. & act.* ut docet Cheſius 1. *interpr. cap.* 29. ergò dementiæ ſpeciem non continet. Rursùs ſi inepta eſſet voluntas ultima, ergò incertas perſonas nec ex novâ Juſtiniani Imperatoris ſanctione vires accipere potuiſſet, atqui conſtat hodie incertis perſonis utiliter & legata, & fideicommiſſa, & hæreditates relinqui, ut probat iſte autor in hac materia §. 6. *num.* 7. *in prin. fol.* 18. ergò non ideò concilii teſtatoris certitudinem veteres exegerunt, quod morientium diſpoſitiones in incertas perſonas collatas ineptas eſſe arbitrentur.

His ergò, & aliis, quæ tradit Orox 1. *de apicib. cap.* 7. *num.* 26 in præſenti tanquam à veritatis ſcopo longè aberrantibus omiſſis, 2
ex difficili mente Joannis Fabri in præſenti dicendum judico, ideò veteres ultimæ voluntatis diſpoſitiones in incertas perſonas collatas improbaſſe, quia cùm conveniant cum donatione ineſſe liberalitatis cauſam aliquam requirunt non quidem coactivam, hæc enim potiùs ei repugnat, *l. ſi ei* 28. *de legat.* 1. *cum vulgar.* ſed impulſivam pendentem ex honorati meritis, quibus teſtatoris voluntas præmoveatur, & provocetur ad conferendum liberalitatis beneficium, *l. nec* 9. *pro ſocio*, *l.* 70. *de hæred. inſt. arg. l.* 7. §. 3. *de doli mali*, *& met. except.* at quæ in incertam perſonam confert voluntas teſtatoris, dici non poteſt merita ejus animum impuliſſe: ergò propter defectum cauſæ impul-

ſivæ

ſivæ relinquendi, veteres hæreditates, aut legata incertis perſonis relinqui non conceſſerunt. Nec tunc obſtat quod ſcribit Papinianus in *l. cum tale* 72. *§. falſam* 6. *de C. & D.* eâ ratione *falſam cauſam legato non obeſſe, qnia ratio legandi legato non coheret*: Nam reſpondeo, quod legatum non exigit pro cauſa meritum poſitivum ex parté legatarii, ſed ſolum meritum negativum, ſeu non demeritum, ut probant elegantes textus io *l. ſervos* 20. & 51. *de manum. teſtam* Itaque cauſam à teſtatore legato adjectam ſupervacuam reputamus, & eâ inſuper habitâ adhuc datur ſufficiens cauſa impulſiva, nempe non demeritum ex parte legatarii, quod ſufficit ad hoc, ut ſubſiſtat legatum; at ex parte incertæ perſonæ nec poſitivum, nec negativum meritum poteſt conſiderari, quod teſtatoris affectionem ad legandum excitaret, quapropter ex defectu cauſæ impulſivæ hujuſmodi legatum inutilem eſſe prudentes conſtituerunt.

3 Non ita faciles explicatas attingunt difficultates, quas adversùs jus circa incertas perſonas olim conſtitutum, & ejus rationem ſuggerunt ſpecioſi, & non notati ad rem textus in *l.* 8. *§. 1. de contrah. empt. l.* 9. *§. hoc* 7. *de acq. rer. l. ſi id* 5. *§. 1. pro derelict. l. 2. C. de Conſulib. & non ſparg. ab eis pec. l. 2. C. Theodoſ. de expenſis judic. §. hoc amplius* 45. *inſt. de rer. diviſ.* Quibus omnibus docetur, quod cum Prætor, vel Conſules in vulgus ſpargunt miſſilia, quamvis incertæ perſonæ voluerit id eſſe, tamen quia voluit, ut ejus fieret, cui caſus tuliſſet, ejus rata habetur, & dominium acceptanti conceditur; tunc ſic jactio, ſeu ſparſio miſſilium io vulgus ſpecies eſt donationis in genere liberalitatis, & tamen in iocertam perſonam rectè confertur: ergò pariter ultima voluntas inſuper habita ex defectu cauſæ impulſivæ poterit dirigi circa incertam perſonam. Nec poteſt reſponderi hanc liberalitatis ſpeciem in incertam quidem perſonam conſerri, ſed ex certis, quæ illoc convenerunt miſſilium captandorum gratia, & eâ ratione utilem eſſe, quemadmodum & ſubſiſtit legatum incertis perſonis relictum: nam convincitur ex eo, quod prædictæ perſonæ dici non poterant certæ in opinione, & animo jactantis, aut ſpargentis miſſilia, quales erant Conſules, & Prætores cùm Magiſtratum inibant auram popularem captantes, ut ſic plebem ſibi conciliarent, docet Amaya in *tit. C. de Decurion. per tot.* Quis ergò crederet tantâ dignitate præditos viros infimæ & abjectæ conditionis homines, qui illuc ex infimis etiam municipiis ambitionis, & copidiratis causâ convenire ſolebant, affectione perſequi; cùm omnes noſſe impoſſibile eſſet potiùs, quàm difficile. Qoapropter reſpondendum eſt miſſilium ſparſionem eâ ratione in incertam perſonam rectè conferri, quia cauſam habet impulſivam, ſcilicèt ſpargenos magnificentiam, quam populus mereri ſtudet, quæ ſufficit ad inducendam donationis ſpeciem; ſicuti licèt olim civitatibus nec hæreditates, nec legata relinqui potuerint, ut teſtatur Ulpianus in *fragm. tit.* 12. *§. nec municipi* 5. non quia incertis perſonis æquiparentur, ut vulgò creditur, ſed quia ſunt perſonæ fictæ ex multitudine civium compoſitæ, quia à civibus ipſis abſtractæ per intellectum, & non ſenſibus, ſed mente tantùm conceptæ exiſtunt, ut de hæreditate aiebat Papinianus, *l. hereditas* 50. *de petit. hæred.* Docet Valentia 1. *tract.* 2. *cap.* 15. Orox 4. *queſt.* 11. *num.* 1. *uſque ad* 4. tamen jam jure digeſtorum plurimis S. C. & imperialibus conſtitutionibus cautum erat, ut hæredes inſtitui civitates poſſent, ut ex eis utiliter legata relinquantur, *l.* 117. & 122. *de legat.* 1. *cum plurib.* quia etiixa teſtatoris erga Rempublicam affectio eſt cauſa impulſiva relinquendi, quæ ſufficit, ut inſtitutio, vel legatum conſiſtat; circa incertam verò perſonam affectio teſtatoris conſiderari nequit, cujus defectu ultimæ voluntatis diſpoſitiones inutiles redduntur.

CAPUT SECUNDUM.

De legato incertæ perſonæ relicto.

DIſſeruimus hocuſque quâ ratione legatum, vel fideicommiſſum incertæ perſonæ relictum ſubſiſtere nequeat; nunc videamus quæ incerta perſona ſit, & appelletur: incerta ergò perſona eſt, veluti ſi teſtator dicat: *qui proximus, vel deſignatus fuerit, vel qui in capitolium aſcenderit, vel ei, qui monumentum mihi fecerit* 100. *do, lego*, bis enim caſibus propter rationem ſuprà adductam viribus deſtituitor legatum, probant *l.* 6. 11. & 15. *de reb. dub. l.* 9. *§.* 9. *de hæred. inſt.* docent Oroz 1. *cap.* 7. *num* 16. Acoſta in *cap. ſi pauperes* 1. *part. n.* 1. Hinc provenit differentia inter legatum incertæ perſonæ relictum, & inter legatum conditionis implendæ causâ relictum incertæ perſonæ, veluti ſi teſtator dixerit: *lego Titio domum, ſi decem dederis ei, qui in capitolium aſcenderit, vel ſi libertatem ſervo relinquat*; his enim caſibus ſubſiſtit conditio, nec aliter Titius domum, aot ſervus conſequitur libertatem, quàm ſi impleverit conditionem, etſi perſona, in qua adimplenda eſt, incerta ſit, ratio conſiſtit in eo, quia id, quod conditionis implendæ causâ datur, nec legatum, nec fideicommiſſum eſt, nec capitur ex judicio teſtatoris, ſed ex jodicio, & voluntate dantis contingit, *l.* 8. *ſi quis omiſſ.* cum pluribus docet Cujacius 8. *obſerv. cap.* 4. & *lib.* 20. *queſt.* Papin. *in l. acceptis* 43. *ad Falcid.* Et licèt ex *eo textu*, & *l.* 49. *cod.* conſtet aliquando datum implendæ conditionis causâ in Falcidiam imputari, adhuc tamen nec legatum, nec fideicommiſſum incertæ perſonæ relinqui poteſt, *l.* 3. *de reb. dub.* ubi Cujacius & Donellus. Hæc doctrina confirmator ex eleganti textu in *l. à Titio* 108. *de verb. oblig.* quo loco proponit Javolenus, quod ſi qois ita dixerit: *ſi quis in capitolium aſcenderit, decem mihi ſpondes*? validam eſſe ſtipulationem; en ubi conditio pendens ex facto incertæ perſonæ, contractum & obligationem ex eo provenientem impedire nequit: ergò multò majori ratione non deſtruet, etſi incertæ perſonæ oppoſita ſit; docet Sarmiento 2. *ſelect. cap.* 3. *n.* 3. qui quidem docet, quod ſi Titio legata fuerit domus, ut decem det illi, qui Conſul deſignatus fuerir Titii domum habitaturus, decem tameu non præſtiturum, ratio illa eſt, quia illa decem non ex cauſa conditionis implendæ, ſed ex legato accipiuntur; cum ita 1

perſona incerta legati incapax ſit, inde provenit hoc legatum ſubſiſtere non poſſe.

a Verùm huic principio, ſcilicèt causâ conditionis implendæ relictum poſſe acquiri perſonæ etiam incertæ, ſequentes difficultates inſurgunt. Prima, nam certum eſt illum poſſe mortis causâ capere, qui & legatum & fideicommiſſum percipere poteſt, *l. omnibus 9. de mort. cauſ. donat.* ſed perſona incerta legatum, vel fideicommiſſum percipere non poteſt: igitur nec poterit mortis causâ capere. Confirmatur hoc aſſumptum ex eo, nam incapaces, qui ex teſtamento nihil capere poſſunt, nec etiam relictum conditionis implendæ causâ percipere valent, *l. quod conditionis 36. de donat. mort. l. 55. de C. & D.* igitur ſi mortis capio per omnia legata & fideicommiſſa imitatur, videtur dicendum, nec relictum conditionis implendæ causâ in quartam Falcidiam, & quartam Trebellianicam imputari, *l. ſtatu liber. 41. de mort. cauſ. donat. l. in quart. 91. & 93. ad Falcid.* ergò nulla eſt differentia inter legatum & fideicommiſſum, vel datum conditionis implendæ causâ, conſequenterque perſona incerta illud, quod ita datur percipere non valebit His tamen non obſtantibus tenendum eſt, quod licèt incerta perſona non poſſit legatum vel fideicommiſſum percipere, poteſt tamen conditionis implendæ causâ relictum capere; nam quod conditionis implendæ causâ datur non tam jure teſtamenti, & ex judicio teſtatoris, quàm mortis causà capio intelligitur, *l. qui pretio de donat. mort. d. l. 8. ſi quis omiſſ.* quia non imperat teſtator, ut illud detur, ſed in ejus arbitrio & voluntate ponit, an dare, an verò conditionem deficere malit; ſed tamen licèt id non capiatur jure directo teſtamenti, negari tamen non poteſt, quin ſaltem per indirectam teſtamenti occaſionem capiat, quod quidem non caperetur, ſi teſtator eam conditionem teſtamento non adſcripſiſſet. Quapropter mortis causâ capio in pluribus legata & fideicommiſſa imitatur, docet Faber in *rationali* ad textum in *l. ſed ſi 22. de uſufr.* D. Ramos *ad leges Jul. & Pap. lib. 4 reliquat. 32. num.* 10. Hincque provenit omnes illos poſſe mortis causâ capere, qui & legatum & fideicommiſſum percipere poſſint *d. l. 9.* Cœlibes & incapaces, qui teſtamento percipere non poſſunt, *l. 82. de acquir. hæred.* nec etiam mortis causâ capere poſſunt, *l. quod 36. junctâ ejus inſcript. de donat. mort.* qui quidem textus difficilis eſt: nam licèt Conſultus in ejus principio eam doctrinam apponat, in fine contrarium docet. Sed omiſſis aliquibus ſolutionibus reſpondendum eſt cum Cujacio *7. obſerv. cap.* 24. prædictum textum eſſe intelligendum de illis, qui ex legibus caducariis ſolidam capacitatem ex alicujus teſtamento non habent, ut conjux, quæ ex teſtamento viri ſolidi capacitatem non habet, licèt aliunde ſolidum percipere poſſit, *l. 6. de vulgar.* Hoc autem ſuppoſito aſſerit Conſultus in *princ. textûs datum conditionis implendæ causâ, licèt non ex bonis defuncti proficiſcatur, tamen ſolidi incapacem ſuprà modum capere non poſſe*, quod poſteà in verſ. *certè* adhibitâ diſtinctione emendat & ponit exemplum in ſtatu libero, quod non conditionis implendæ causâ aliquid dederit ex peculio, quod habuerit acquiſitum tempore mortis ſuprà modum id capere non poſſit is, qui ſolidi capacitatem ex bonis teſtatoris non habet, quaſi hoc hæreditarium ſit, & in quartam Falcidiæ imputetur, ut poſteà dicemus: Verùm ſi illud, quod dederit, ſervo acquiſierit, ipſe poſt mortem teſtatoris, vel alius dederit pro eo, tunc is, qui certo modo capiendi ex bonis teſtatoris proficiſcatur, ut in *d. l. 6. de vulgar.* ita docent Cujacius & Ramos *ubi ſuprà.* Etiam ad hanc partem referendus eſt textus in *l. Mævius 55. de condit. & demonſtrat.* ubi ſi alicui fuerit legatus fundus ſub conditione, *ſi dederit* 200. *Callimacho*, cum quo non eſt teſtamenti factio, ait Conſultus *debere ducentum dare, ut ad eum fundus pertineat, licèt nummi non fiant accipientis:* quid enim interſit, utrùm tali perſonæ dare jubeat, an aliquo loco ponere, vel in mare dejicere? nam quod ad talem perſonam perventurum eſt non teſtamenti nomine, ſed mortis causâ capitur: ergò incapax eſt capax mortis causâ capionis contra hucuſque dicta. Huic difficultati reſpondeo ſufficere ad conſecutionem, vel hæreditatis conditionem de facto adimplere, licèt poſteà effectum non habeat: exempla ſunt in *l. 20. §. ſi quis hæreditarium de condit. inſt. l. 24. de ſtatu liber.* De hoc facto etiam cogitavit teſtator, cum juſſit Callimacho incapaci 200. dare; quare licèt dicatur eum mortis causâ capere, hoc non obeſt, quia capit mortis causâ, ſed ſine effectu, quare nummi non fiunt accipientis cum effectu tranſlationis dominii, licèt eis poſſit uti. Ita Duarenus *de condit. inſtit. cap. 4. in fin.*

Nec obſtat ſecunda difficultas, ſcilicèt da- 3
tum conditionis implendæ causâ imputari in Falcidiam; nam reſpondeo generaliter verum eſſe, illud quod datur conditionis implendæ causâ in Falcidiam non imputari, cùm non ex bonis teſtatoris proveniat: excipiuntur tamen aliqui caſus, in quibus contrarium ſtatuitur. Primus eſt in *l. in ratione 30. §. tametſi 7. ff. ad leg. Falcid.* ubi non figurâ conditionis juſſus eſt hæres accipere certam pecuniam à fideicommiſſario, *verb. oblig. hæres, rogo te illi reſtituere hæreditatem accep is ab eo* 100. hæc verba non continent conditionem, eaque centum titulo emptionis veluti pro pretio hæreditatis capiuntur; quapropter in quartam imputantur. Secundus eſt in *l. acceptis 93. eod.* ubi etiam citra figuram conditionis, aut titulum emptionis acceptis à Cajo centum, quæ continebant quartam hæreditatis, ipſi rogatus ſit ut reſtituere hæreditatem; nam perinde eſt, ac ſi dixerit acceptâ quartâ reſtitui hæreditatem. Tertius caſus eſt in *l. 91. eod.* ubi ſi hæres retentâ aliquâ quantitate, ſive deductâ, hæreditatem reſtituere rogatus ſit, imputat in quartam, quia intelligitur jam jure hæreditatis capere. Sic prædictus textus in primâ parte, ſed qui difficilis eſt, cum aſſerat fideicommiſſum datum hæredi conditionis implendæ causâ in quartam imputari; cùm contrarium, ut ſuprà dicebamus, verum ſit. Aliqui, ut hanc difficultatem evaderent, diſtinxerunt inter quartam Falcidiæ, & Trebellianicam. Verùm hæc ſententia diſplicuit Cujacio *4. obſerv. cap.* 4. quia ait prædictum verſiculum eſſe explicationem prioris ſententiæ; nam cùm aſſeruiſſet Conſultus quantitatem retentam, vel

deductam

Digitized by Google

deductam in quartam imputari, ait etiam fideicommiſſum bæredi imputandum pro ſuâ parte, quia cùm illud pro eâ parte jure hæreditario capiat, imputavit, pro parte verò cohæredis non. Ultimus caſus eſt in *l.* 41. *de donat. mort.* ubi ſi ſervus liber eſſe joſſus fuerit ſub conditione ſi centum dederit, eaque centum ſervus præſtiterit de peculio, quod habuerit acquiſitum tempore mortis, imputatur in Falcidiam, quia ea pecunia hæreditaria eſt, *l.* 13. §. 6. *de hered. petit.* Quod ut intelligatur, ſciendum eſt, quod licèt peculium ſervo prælegatum non ſit, manumiſſio ad hæredem pertineat, *l.* 1. *C. de peculio ejus qui libert. meruit*; cùm receptum ſit ſervum, cui relicta eſt libertas ſub conditione hæredi *centum dandi*, conditionem libertatis implere poſſe de peculio ſuo, ſive hæredi, ſive alii dare juſſus ſit, *l.* 3. §. 1. §. *cum igitur l.* 13. §. 1. *de ſta u liber.* Et ratio eſt, quia viſum eſt prudentibus id eſſe concedendum ſervo, ut libertatis de peculio, aut de patrimonio ſuo conditionem impleret, *l.* 22. *de ſtatu lib.* nam peculium quaſi patrimonium ſervi eſt, *l.* 19. §. 1. *de pecul.* id autem prudentes exiſtimarunt poſſe concedi ſervo ſine injutia dominorum *d. l.* 22. nam ſi ex peculio quoad venditionem ſervi pertinet, ſervus ſe redimere poteſt, cur non etiam concedendum eſt ſervo teſtamento manumiſſo, ut ex peculio ſuo, licèt ad hæredem pertineat poſſit conditionem implere, atque ita libertatem conſequi? Hoc ergò ſuppoſito, quod dederit ſervus ex peculio, quod habuerit tempore mortis, cùm ſit hæreditarium *d. l. nec* 13. §. 6. *de pet. hered.* in quartam falcidiam imputatur, *d. l.* 41. ſed adhuc videbatur dicendum datum implendæ conditionis causâ non ſolùm provenire ex voluntate hæredis; verùm & ex ejus bonis, atque ita perſona incerta illud capere non poteſt, quod probatur ex eo, quia ad hoc ut quis poſſit fideicommiſſo gravari, requiritur, quod aliquid percipiat ex bonis teſtantis *d. l.* 1. §. 6. *d. l.* 3. ſed qui capit mortis causâ poteſt fideicommiſſo gravari: ergò quia etiam mortis causâ capio ex bonis teſtatoris proficiſcitur. Cui difficultati reſpondendum eſt illos poſſe fideicommiſſo gravari, quibus vel aliquid datur, vel non adimitur *d. l.* 1. §. 6. & 9. cumque mortis causâ capienti nihil adimatur, imò detur, quia poterat illam conditionem in legato non ponere, rectè ſtat mortis causâ capientem poſſe fideicommiſſo gravari.

4 Verùm hanc ſententiam tria Conſultorum reſponſa infringere videntur, ex quibus probatur legatum incertis perſonis relictum ſubſiſtere poſſe. Primum ſtat in *l. ſi quis* 14. *de reb. dub.* ubi ait Conſultus, quod ſi teſtator ita dixerit, illis; qui teſtamentum meum ſignaverint, ex ſententia Trebatii & Pomponii utile legatum eſſe; ſed in prædictâ ſpecie nimia adeſt incertitudo; cum ipſe teſtator ignoret, quis teſtamentum ſuum ſignaturus eſt: ergò legatum propter perſonæ incertitudinem non vitiatur. Cui difficultati reſpondendum eſt ideò legatum; etſi adſit incertitudo perſonæ ſubſiſtere, quia perſona legatarii efficitur propter relationem ad deſignationem teſtamenti; nam cum ipſum teſtamentum adhibitis teſtibus, rogatiſque à teſtatore fieri debeat, rogatu ipſo, & confectione teſtamenti certi fiunt: nihil ergò mirum eſt, quod hujuſmodi legatum ſubſiſtat, præcipuè dum adſit cauſa impulſiva ex partè teſtatoris, ſcilicet remuneratio erga teſtes juxtà *l.* 3. *C. Theodoſ. de teſtam.* docet Cujacius in *d. l.* 14. Oſſuald. 3. *cap.* 7. *litt. O.* Oroz 1. *cap.* 7. *num.* 26. Verùm in hanc ſolutionem ſic inſurgi poteſt: ergò ſi teſtator legaverit *centum ei, qui in Capitolium aſcenderit*, vel *qui Conſul deſignatus fuerit*, debet ſimiliter valere legatum. Probatur conſequentia eâ ratione in *d. l.* 14. ſubſiſtit legatum, quia certificatur perſona per relationem ad deſignationem teſtamenti, ſed etiam certificatur perſona per aſcenſum in Capitolium, vel in Conſulatom: ergò etiam hoc caſu debet valere legatum. Reſpondeo magnum diſcrimen verſari inter utrumque caſum, quia in *d. l.* 14. fit relatio ad aliquid certum & determinatum, ſcilicet ad deſignationem teſtamenti, quia ut ante dixi, teſtamentum teſtibus adhibitis & rogatis à teſtatore perficiendum eſt, deinde eſt cauſa impulſiva legandi; in noſtro verò caſu fit relatio ad quid incertum & indeterminatum, quia aſcenſus in Capitolium vel in Conſulatum incertus eſt, deficitque etiam cauſa impulſiva legandi; quapropter legatum in hoc caſu inutile eſt.

Secundum reſponſum invenitur in *l. qui* 17. §. 1. *de legat.* 1. ubi Ulpianus ait, quod ſi quis ita ſcripſerit: *ſi qua filia mihi gignitur, et hæres meus centum dato*: validum eſt legatum, pluribuſque natis, ſingulis tantum delegaſſe videtur, hæc ſpecies eſt, quam ſic expendo; non minus incerta eſt perſona, quando teſtator legat ei, *qui in Capitolium aſcenderit*, vel *ei qui monumentum mihi fecerit*, ac quando legat ei, qui naſcetur, quod ſi incertum eſt, an aliquis in Capitolium aſcendat, vel mihi monumentum faciat, ita & incertum eſt, an aliquis filius naſcatur, & tamen in hoc caſu incertitudo non vitiat legatum, ergò nec in illo. Cui difficultati reſpondeo ideò vitiari legatum incertæ perſonæ relictum, quia deeſt cauſa impulſiva legandi, hoc autem in præſenti caſu dici non poteſt, quia teſtator legans eſt pater, legatarius autem eſt filius, etſi aliàs charitas perſonæ non conjecturatâ voluntate teſtatoris magnam vim habet, ut ratiocinatur Conſultus in *l. ſi ſervus* 50. §. *ult. de legat.* 1. quanta majori ratione affectio patris erga filium debet efficere, ut legatum ſubſiſtat; ita Duarenus in *d. l.* 17. §. *ſi quis ita de legat.* 1. Verùm adhuc in tuto non ſumus, nam videtur dicendum eam affectionem patris erga filium non eſſe ſufficientem, ut legatum ſubſiſtat, quod ſic probo: ſi quis legaverit centum ei, qui filiam ſuam in uxorem duxerit, legatum inutile eſt, & tamen in hoc caſu adeſt cauſa affectionis, remunerationis & gratificationis patris erga filium: ergò ita ſimiliter in *d. l.* 17. §. 1. validum non erit legatum. Cui difficultati reſpondeo magnum verſari diſcrimen inter utrumque caſum, nam in *d. l.* 17. §. 1. validum eſt legatum, quia datur certitudo perſonæ, ſcilicet filii; qui legatarius eſt, licèt incertum ſit, an naſciturus ſit, cumque huic pater tutorem, & ſubſtitutionem facere poſſit, quâ ratione non poterit & ei legatum relinquere? in altero verò caſu diverſa ratio militat, nam datur nimia incertitudo perſonæ.

Deinde incertum eſt, an matrimonium filia contractura ſit, quapropter licèt adſit affectio, magna datur incertitudo perſonæ, quæ efficit, ut legatum viribus deſtituatur. Altiorem indaginem poſtulat textus in *l. 5. quib. mod. uſusfr. amit.* ubi ait Conſultus validum eſſe legatum uſusfructûs, ſi Titio, & ejus hæredibus fuerit legatus, ſed negari non poteſt hæredes Titii incertos eſſe, ut apparet ex textu expreſſo in *l. ſciendum 70. de verb. ſiga.* legatum incertæ perſonæ relinqui poteſt. Cui difficultati, quæ à nullo ex Interpretibus excogitata fuit, ut reſpondeam, adverto uſumfructum capitis diminutione, aut per moram extinctum poſſe ſuſcitari, ſi repetitus fuerit, quo caſu non tam conſtituitur uſusfructus, quàm alius de novo ereatur, ut latè probant Arias de Meſa 3. *variar. cap. 45.* Cujac. in *recitat. ad l. 29. de uſufr. legat.* Barboſ. in *l. 58. ſolut. matrim. num. 1.* ſicuti quando quis tibi, & hæredibus ſuis uſumfructum ſtipulatur, eſt duplex uſusfructus in ejus perſona, alter in perſona hæredis *l. 38. §. ſed ſi 12. de verb. oblig.* Hoc autem ſuppoſito, ratio propter quam quod ſubſiſtit legatum uſusfructûs in perſona hæredum, etſi incerti ſint in *d. l. 5.* eſt propter vehementem affectionem ergà Titium, voluit quippe teſtator, ut uſusfructus ad hæredes tranſitorias eſſet, cumque ejus naturæ repugnaret, quia eſt ſervitus, quæ cum ipſa perſona extingui debet, *l. 8. §. ult. de pericul. rei l. 8. de liber. legat.* ideò ut quoquo modo conſervaretur voluntas teſtatoris, conſtitutum eſt, ut alius uſusfructus in perſona hæredum ſuſcitetur: hæc eſt prædicti textûs intelligentia, dum aliam meditemur.

6 Ex his principiis adductis explicandus textus in *l. qui 18. de uſu & uſufructu legat.* ubi proponitur, quod ſi quis habitationem legaverit, non omnibus libertis, quos habebat, ſed illis, quos deſignaſſet codicillis, nullis deſignatis nullum legatum eſſe, & ratio ex dictis provenit, *quia nemo exiſtit, cui datam intelligi poſſit.* Nec obſtat textus in *l. 17. §. fin. l. unum 67. §. 7. de legat. 2.* ubi aſſerunt Conſulti, quod ſi legatum fuerit relictum uni ex libertis, quem hæres elegerit, neminemque eligat, omnibus legatum intelligi; nam reſpondendum eſt magnum diſcrimen verſari inter utrumque caſum, nam in *d. l. 18.* intervenit culpa teſtatoris, qui libertos non deſignavit; quare ratione incertitudinis vitiatur legatum: at verò in dictis juribus conſtat de perſona per relationem ad electionem hæredis, meritóque ipſo non eligente, omnes ad legatum admittuntur, ne ſit in poteſtate hæredis legatum infirmare. Denique etiam obſtat textus in *l. cum pater 77. §. ult. de legat. 2.* ubi proponitur quemdam vicos civitati reliquiſſe, quorum fines poſteà aliâ ſcripturâ ſignificaturum pollicitus eſt, ſimul atque genus certaminis, quod in ipſius memoriam celebraretur quot annis, nec tamen ſignificavit, quæſtionis fuit, an legatum ſubſiſteret, & ait Papinianus utile & perfectum eſſe: ergò ita ſimiliter in *d. l. 18.* debuit ſubſiſtere legatum, licèt perſonæ deſignatæ non fuiſſent. Dices: etiam conſtat de perſona inſtituta ſub conditione poſteà aſſignandâ, & tamen ſi poſteà adjiciatur, etſi conſtet de perſona inſtituta, vitiatur diſpoſitio, *l. 9. §. 1. de hared. inſt* ergò pariter in ſpecie *d. l. 77. §. fin. de legat. 2.* quia forma certaminis non fuit appoſita, inutile erit legatum, vide Cheſium 1. *interpr. cap. 4.* ſed reſpondeo ideò valuiſſe legatum in *d. §. ult.* quia conſiſtit de perſona, cui legatum fuit, & de re legata; perſona enim eſt *civitas*, res legata *vici*, quare cum vicos deſignare, & formam certaminis ſupervacuum eſſet, ſupervacuaque legatario non noceant *l. ſi ſervo 26. §. fin. in fin. de adim. legat.* meritò docuit Papinianus legatum perfectum fuiſſe, quod etiam ſuadetur ex *l. 8. Cod. de inſt. & ſubſt.* ubi ſi quis inſtituit hæredes ſecundùm conditiones infra ſeriptas nullis conditionibus appoſitis, ſupervacuam hujuſmodi ſcripturam reputari, effectumque inſtitutionem ſortiri, ita Cujacius in recitat. *ad d. l. 18. de uſufr. legat.*

7 Quæ hucuſque dicta ſunt ſolùm pertinent ad legata relicta incertis perſonis, quas incertâ opinione animo ſuo teſtator ſubjiciebat, non verò ad legata, quæ relinquebantur perſonis certis penes animum teſtatoris, incertis verò penes noſtram exiſtimationem, quia defectus cauſæ impulſivæ non dimanat ex incerta opinione noſtra, ſed ex incertitudine conſilii teſtatoris: itaque ſi quibuſdam argumentis appareat de qua perſona teſtator ſenſerit, ſubſiſtet diſpoſitio, ſi verò non appareat, corruet, non ex defectu juris, ſed defectu probationis, diſerti textus in *l. duo 30. de teſtam. tutel.* Itaque ſi teſtator legaverit Titio centum, & duo ejuſdem nominis inveniantur, qui probaverit de ſe teſtatorem ſenſiſſe, ad legatum admittetur; ſi neuter verò probaverit, neuter admittetur ad legatum, quod, ut dixi, corruit. Sic intelligendus textus in *l. falſa 33. §. 1. de C. & D. l. ſi ita 38. ff. eod. l. 4. §. 1. pro legato l. heredes 21. §. 1. qui teſtam. fac. poſſ.* ſed videbatur dicendum debere valere legatum, etſi nulla ſit probatio, quod ſuadetur ex *l. 11. §. ſi plures 2. ad Aquil.* ubi ſi plures ſervum occiderint, nec appareat quis occiderit, omnes æqualiter tenentur ex text. in *l. 1. §. ult. cum 2. ſeqq. de his qui dejec. vel effud.* Ubi ſi plures in uno cœnaculo habitent, ubi aliquid dejectum, vel effuſum ſit, nec etiam appareat quis dejecerit, omnes æqualiter tenentur: ergò ſic ſimiliter videbatur dicendum, quod etſi non appareat, vel fruſtretur, augmentum recipit ex difficili textu in *l. legato generaliter 37. & 39. §. Sejo l. 23. §. penult. l. ſi ita relictum 65. de legat. 2. l. qui lenam 33. de aur. legat.* In quibus omnibus dicitur, quod ſi teſtator habens plures ſervos ſtichos, vel plures fundos, vel plures domos, vel lances & ſtichum, vel fundum, vel domum, vel lancem legaverit, ſubſiſtere legatum, etſi incertum ſit, de qua perſona teſtator ſenſerit, electionemque competere legatario, ſi legatum ſit vindicationis & hæredi, ſi damnationis: ergò ſic ſimiliter dicendum videbatur, quod etſi incertum eſſet, de qua perſona teſtator ſenſerit, debere valere legatum, electionemque perſonæ, cui dandum eſſet, hæredi competituram, nec ex defectu probationis corruet, & hoc in terminis legati probari videtur *l. 8. §. 3. de legat. 2.* ubi ſi inter duos diſputetur de quo teſtator ſenſerit, eſt in electione hæredis uni ſolvere: ergò non rectè hucuſque dictum

eſt

eſt poſſe legatum ex defectu probationis corruere. His tamen non obſtaotibus vera eſt doctrina textûs in *l. duo ſunt 30. de teſtament. tutel. cum aliis relatis.* Nec obſtat prima difficultas deducta ex *l. item 11. §. ſed ſi plures 2. & d. l. 1. §. fin. cum 2. ſeqq. de his qui dejec.* Nam reſpondeo, quod ratio, propter quam cùm plures ſervum occiderint, vel cùm ex cænaculo plurium aliquid dejectum eſt, omnes tenentur, etſi non appareat quis eum occiderit, vel quis dejecerit, provenit ex utilitate publica, nam publicè intereſt, ne delicta maneant impunita *l. ita 51. §. 2. in fin.* quam doctrinam mirificè probat Suarez *ad Aquil. lib. 1. cap. 3. ſect. 2. num. 3.* Nec obſtat etiam ſecunda difficultas, nam aſſero, quod quando teſtator legat fundum, vel domum, vel lancem, cum plures habeat, ſubſiſtere legatum, quia conſtat de certo corpore, licèt non appareat de quo teſtator ſenſerit, idcóque ad conſervandam voluntatem teſtatoris electio jam legatario, jam hæredi reſervatur, ita ut non poſſit eligere rem majoris pretii; quia non longè eſt, ut hoc legatum propter incertitudinem vitietur, argumento *l. cum poſt. 69. §. gener. 4. de jur. dot.* Hæc autem electio poteſt habere locum, quando legat Titio, & duo ſunt ejuſdem nominis, nam unus quiſque debet probare de ſe teſtatorem ſenſiſſe; ſi enim hæres adſtringeretur uni ſolvere, poterat contingere, ut alius evidenter probaret de ſe teſtatorem ſenſiſſe, & ipſi deberi legatum, conſequenterque duplici præſtatione oneraretur, & in plus gravaretur, quàm teſtator voluerit, cumque hoc & commodo hæredis, & voluntati defuncti repugnaret, *l. unam 67. §. ſi rem de legat. 2.* docet Mantica *de conject. ult. volunt. lib. 3. tit. 1. à num. 26.* ideò hæres eligere non obſtringeretur. Si autem voluerit ipſe tunc poteſt uni ſolvere, acceptâ cautione ab altero, ut ab eo defendatur, & hoc pacto intelligo textum in *d. l. 8. §. 2. de legat. 2.* non verò de obligatione, ut aliqui voluerunt moti verbis illius textûs ibi: *eligere debere hæredem*; nam reſpondeo illud, verbum *debere* accipiendum eſſe, ideſt pro *poſſe*, ut apparet ex *l. 4. §. 6. in princ. de off. proconſul.* ubi ait Conſultus ingreſſum provinciam legato ſuo in juriſdictionem mandare debere, ideſt mandare ſuam juriſdictionem poſſe: textus etiam in *l. 6. §. ſicut eod. tit.* juncto textu in *l. cum Prætor 12. §. 1. de judic.*

8 Ex his quaſi manu ducimur ad intelligentiam difficilis textûs in *l. 3. §. ſi duob. 7. de adim. leg.* ubi ait Ulpianus, quod ſi duobus Titiis ſeparatim legatum fuerit relictum, & poſteà ſimpliciter adimatur Titio, nec appareat, cui ademptum ſit, utrique legatum debetur, cujus rei rationem ex eo deſumit quemadmodum & in dando, ſi non appareat, cui datum ſit, dicimus neutri deberi legatum, quaſi ſic argueret: ex quibus cauſis legati datio eſt inutilis, ex eiſdem etiam ademtio inefficax, *l. 14. §. 1. de adim. legat.* ſed datio legati eſt inutilis, quando non conſtat cui datum ſit: ergò & ademtio inefficax eſſe debet, quoties non apparet, cui ademptum ſit. Hanc Ulpiani ſententiam ſic explico: ſi legatum relictum ſit Titio, & duo ſunt Titii, qui voluerit ad legatum admitti, ipſi incumbit onus probandi de ſe teſtatorem ſenſiſſe, aliàs inutile redditur legatum ex defectu probationis; at ubi legatum duobus Titiis datum, Titio ſimpliciter ademtum eſt, onus probandi non incumbit legatariis, ſed hæredi, ideſt nullus legatarius tenetur probare de ſe teſtatorem non ſenſiſſe in ademtione, ſed potiùs hæres; ſi nolit alicui ex his præſtare, tenetur probare de eo ſenſiſſe teſtatorem, aliàs inutilis erit ademtio, & utrique legatum debebitur. Ratio diſcriminis, meo videri, ea eſt; in primo namque caſu legatarii petitio datione legati innititur, quæ obſcura eſt & incerta: ergò ad hoc ut legatum conſequatur, debet dationis incertitudinem declarare; cum quilibet jus, quo ſuam intentionem fundat, probare teneatur, in ſecundo verò caſu legatarii petitio innititur datione legati, quæ certa & evidens eſt in utriuſque perſona, & hæredis exceptio, quam actione ex teſtamento elidere intendit, nititur ademtione, quæ incerta & obſcura eſt: ergò legatarius ſuam intentionem, quæ fundatur actione ex teſtamento, fruſtrà probare tenetur; ſed imò hæres exceptionem, quæ nititur in ademptione incerta & obſcura, probare cogendus eſt; nam ſicut actor ſuam intentionem fundare debet, ſic & reus ſuam exceptionem *l. in exceptionib. 19. de probat. l. 1. C. eod.* Nec tunc obſtat ejuſdem Ulpiani deciſio in *l. ſi fuerit 10. de reb. dub.* ubi proponitur, quod ſi duobus ejuſdem nominis legatum relictum ſit, veluti ſi teſtator duobus Semproniis legaverit, & poſteà ſimpliciter adimatur Sempronio, quæritur, utrum ademtio legati utriuſque perſonæ valeat? ideſt, an datio in utriuſque perſona infirmetur. Et reſpondet Conſultus ademtionem utrique factam valere; igitur neutri legatum debebitur, quod eſt contrà *d. l. 3. §. 7.* Verùm reſpondeo diverſum caſum proponi in *d. l. 3. §. 7.* ac in *d. l. 10.* Nam in dicto §. 7. duobus Titiis legatum fuit ſeparatim, ut ipſe textus apertè decidit, veluti: *illi Titio rem iſtam lego*, deinde *alii Titio illam rem lego*; deinde Titio his verbis ademit, *Titio ne dato*, ideoque cum velit uni adimere, & non appareat, de quo ſenſiſſet, rectè dicit Conſultus ademtionem vitiari; at verò in *d. l. ſi fuerit 10.* conjunctim teſtator legavit hoc modo: *Semproniis lego*, vel *Sempronio lego, & Sempronio lego*, deinde Sempronio ademit, videtur utrique ademiſſe; nam quos conjunxit in dando, videtur utique in adimendo conjunxiſſe. Itaque docet rectè Conſultus utrique legatum ademtum cenſeri. Probatur hæc conjectura ex *d. l. 3. §. 8. de adim. legat.* ubi ſi Titio eadem res purè & ſub conditione legata eſt, quod niſi conjunctim fieri non poteſt (nam ſi ſeparatim legetur, noviſſima ſcriptura priorem corrigit *l. 89. de conditionib. & demonſtrat.*) deinde ita ademerit: *quod Titio legavi ſub conditione, hæreſne dato*; legatum ei nec purè, nec ſub conditione debebitur; quia quod facit conjunctio in datione, idem in ademtione efficit: ergò ita ſimiliter in *d. l. ſi fuerit 10.* Hæc tamen ratio non militat, quoties uni diverſæ res legatæ ſunt, unaque ademta ſit, nec appareat quænam, ademptio eſt utilis, & hæredi competit electio dandi, quod velit *l. ſi ita 14. de legat. 1.* qui quidem textus eſt intelligendus, quando teſtator ita dixit: *cui his lega-*

legavero, ſemel ei heres dato, deinde eidem duas ſummas, duoſve fundos legavit, utrumque non debetur propter præcedenrem ſcripturam, ſed unum tantùm: ratio conſiſtit in eo, quod teſtator in hac ſpecie priùs adimit, quàm dat, ademtioque ſcripturâ prior eſt in intellectu à poſteriori; quare cum ademtio efficiat, ut datio, quæ poſteà ſequitor, effectum non ſortiatur, rectè ait Conſultus in *d. l.* 14. unum videri legatum relictum, nam quod ademtum eſt ſecundùm Ariſtonis, Celſi & Marcelli ſententiam nec datum videtur; ita Cujacius in *d. l.* 22. *de legat.* 1. in dicto textu *l. ſi fuerit* 10. *de reb. dub.* proprer conjunctionem utrique legatum cenſetur, docent Cujacius in *d. l. gener.* 35. *de legat.* 1. Petrus Barboſa in *l.* 36. *de legat.* 1. *num.* 10. Faber 20. *conjectur. cap.* 14.

9 Sicut autem incertitudo legatarii legatum vitiat, ita ſimiliter ſi in re legata incertitudo adſit, pariter legatum corruit, quod expreſſè docet Paulus 3. *ſentent. tit.* 6. *de legat.* ubi ait, quod niſi legatum certæ rei ſit, & ad certam perſonam dirigatur, non poteſt ſubſiſtere; itaque ſi teſtator legaverit Titio domum vel fundum ſimpliciter, deriſorium hoc legatum dicitur *l.* 37. & 71. *de legat.* 1. ſuppoſito, quod teſtator in ſuo patrimonio nec fundum, nec domum habebat. Non ita ſe habet hæc doctrina, quando legaverit hominem ſervum, aut ſervum, aut equum, & ſi nullam ex his rebus in ſuo patrimonio reliquerit: tunc enim legatum ſubſiſtrit *d. l.* 37. Ratio diſcriminis inter utrumqoe caſum ea eſt, quia in primo legantur res, quæ non habent certum uſum, & determinatam formam à natura, ſed in actione hominum conſtituuntur, *l. quod in rerum* 24. §. *penult. de legat.* 1. *l. locus* 60. *de verb. ſign.* Nihil ergò mirum, quod incertitudo in eo caſo interveniens potiùs deriſorium, quàm utile legatum efficiar, elegans textus in *l.* 69. §. *gener.* 4. *de jur. dot.* In ſecundo verò caſu relinqountur res, quæ habent certum uſum, & determinatam formam à natura, quia in eis noo eſt inconveniens, ut legatum ſubſiſtat *l. cum incertus* 13. *d. l.* 37. *in princ. l.* 108. *de legat.* 1. *l.* 25. §. *incerto* 17. *fam. erciſc.* docent Cujacius 1. *reſponſ. Papin. in d. l.* 69. §. *gener.* 4. & 2. *quæſt. Papin. in l.* 115. *de verb. oblig.* ubi Donellus & Giphanius, ipſeque etiam in *l.* 94. *eod* Gomez 2. *variar. cap.* 11. *num.* 9. *cum ſeqq. ad hanc partem verò.* Serna in Academ. de generic. *diſp.* 1. *cap.* 1. *num.* 6. Si verò teſtator fundos, aut domos habuerit, & fundum, aut ædem ſimpliciter legaverit, legatum utile eſt, unamque ex his rebus, quas reliqoit, præſtare debet, apertus textus in *l. ſi domus* 71. *in princ. de legat.* 1. qui quidem textus etſi ſolùm de domo loquatur, ex identitate rationis & ad fundum extendi debet, argumento *l.* 24. §. *pen. de legat.* 1. Ratio, ob quam in hac ſpecie ſubſiſtit legatum, ex eo proveuit, quia cùm teſtator generaliter rem aliquam legat, aot dari jubet, de ſuis rebus eum ſenſiſſe judicandum eſt, elegans textus in *l.* 7. *de tritic. legat.* ubi proponitur, quod ſi quis damnaverit hæredem ſuom vinum, oleum vel frumentum dare non adjectâ quantitate, eſt accipiendum hoc legatum, quaſi teſtator quantum ex his generibus habet, relinquat; quod ſi nihil relinquat ex his generibus, & vinum, vel oleum, vel frumentum legaſſet ſimpliciter, inutile eſſet legatum, ſicuti & inutilis eſt ſtipulatio *l. ubi* 75. *de verb. oblig.* At verò ſi legaſſet decem amphoras vini, vel centum modios tritici, licèt nihil ex his generibus reliquiſſet, ſubſiſtir legatum, *l.* 3. & 4. *de tritic. legat. l. heres* 25. §. *ult. fam. erciſc.* Ratio eſt, quia quantitas videtur legata, quæ ſemper intelligitur ineſſe in hæreditate; ſicuti etiam cùm certum corpus nummorum legatum fuerit, veluti centum nommi qui non reperiantur in hæreditate, quia ut quantitas intelligitur, legatum ſubſiſtit *l. ſed & ſi de legat.* 1. At verò ſi nummi legati non inveniantur in hæreditare, ſpecieſque eorum, & qualitas adjecta fuerit, tunc exiguiores poſſunt præſtari *l.* 15. *de legat.* 3. niſi aliud poſſit conſtare ex dignitatè patrisfamilias, ex regione, vel ex contextu teſtamenti *l. ſi* 50. §. *ult. de legat.* 1. ubi Cujacius & Duarenus hucuſque dicta deſtruere videntur: textus in *l. quidam* 30. *de legat.* 2. *l. ſi ſic* 12. *de legaris* 3. ex quibus videtur probari, quod etſi adſit incertitudo in re legata, poteſt adhuc legatum effectum ſortiri; ſpecies enim, quæ proponitur in *d. l.* 30. ea eſt; quidam in ſuo teſtamento ita dixit: *Reipublicæ Eravifeanorum lego in tutelam viæ reficiendæ*, legavit itaque nullâ adjectâ quantitate, quæſtio fuit apud Conſultum, an legatum ſubſiſteret, & videbatur dicendum imperfectam fuiſſe hanc ſcripturam, quia quantitas adſcripta non eſſet, & hoc non obſtante reſpondit Conſultus validum eſſe legatum: ergò quia incertitudo rei legatæ ipſum deſtruere nequit. Cui difficultati reſpondeo certa illa dici & appellari, quæ non ſolùm per ſe, verùm etiam per relationem ad aliud certa ſunt, juxta *l. certum* 6. *de reb. cred. l. ubi* 75. §. 4. *de verb. oblig.* Hoc autem ſuppoſito intelligitur textus in *d. l.* 30. nam licèt in eo textu teſtator non expreſſiſſet quantitatem rei, quam legaverat, tamen retulit ſe ad illud, quod erat neceſſarium ad viam reficiendam, eamque quantitatem, quæ neceſſaria fuiſſet, intelligitur legaſſe; unde nil mirum, quod tale legatum ſubſiſtat, quin ſit neceſſarium recurrere ad favorem Reipublicæ, ut aliqui antiquiores exiſtimaruut. Sed tamen huic ſolutioni obſtat ſequens conſideratio: ponamus enim teſtatorem non habere in ſuo patrimonio id omne, quod neceſſarium eſt ad refectionem viæ, videtur dicendum ſaltem in hoc caſu inutile fore, utpote quia incertum eſt; ſed dicendum eſt adhuc ſuppoſito eo caſu legatum non vitiari, quia ubi ab initio actus ipſe certus judicatur, licet ab ea certitudine neceſſitatis, vel æquitatis causâ recedatur; ita ut quantitas ſit diminoenda, non ex eo diſpoſitio vitiatur, ſed judicis partes erunt in ea moderanda, ut verificatur in eo, qui malè arbitratur juxta *l.* 78. *pro ſocio.* Itaque quantum neceſſarium eſt ad viam ſtruendam, eſt certum; ſunt enim neceſſaria mille, datur jam certitudo legati, & licèt quia exiguum eſt patrimonium, ſit aliquid detrahendum ex mille, noo vitiatur diſpoſitio, quæ certa erat, ſed judex arbitrabitur, elegans eſt textus in *l. domus* 57. *in princ. de contrah. emtion.*

Similiter ex hoc principio intelligitur textus 10
in *d. l. Stichus* 12. *de legat.* 3. quo loco proponitur

nitur teſtatorem dixiſſe : *Stichus liber eſto*, ab hæredeque ſuo petiiſſe, *ut eum artificium doceat, unde ſe tueri poſſit*; quæſtionis fuit de validitate fideicommiſſi, & Pegaſius dicebat inutilem eſſe debere, quia genus artificii adjectum non eſſet, ſed tamen ait Conſultus fideicommiſſum valere, Prætoremque ut arbitrum ex voluntate defuncti, ætateque, & conditione, ingenioque ejus, cui relictum fuit, æſtimandum, quod potiſſimum artificium hæres ſumptibus ſuis eum docere debeat. Ratio autem, ob quam etſi artificium adjectum non ſit, ſubſiſtat, eſt quia adeſt certitudo illius per relationem ad victum & alimentum ipſius ſervi, ut conſtat ex illis verbis, *unde ſe tueri poſſit*; quare meritò ait Conſultus hæredem attentâ capacitate, & genio illius inſpecto, cui relictum eſt, & voluntate defuncti eum artificium docere debere : cum hac etiam doctrina lucem accipiunt textus in *l. ſi cui* 14. *de ann. legat. l. pen. de alim. legat.* ubi aiunt Conſulti, quod ſi legatum annuum, vel legatorum alimentorum ſine certa quantitate relictum fuerit, validum nihilominus eſſe, non propter favorem alimentorum, ut aliqui exiſtimarunt, ſed quia legans alimenta teſtator ſe refert ad ea, quæ vivus præſtabat, argumento textus in *l* 14. §. *ſed ſi alimenta de alim. legat.* ſi verò ipſe vivus nihil præſtabat, refert ſe ad dignitatem fideicommiſſarii, cui alimenta legata fuerunt, & etiam ad ſuas facultates, ideſt patrimonium ſuum, ejuſque dignitatem, quare cum ex his certus modus alimentis conſtitui poſſit, nihil mirum, quod alimenta valeant, etiam nullâ quantitate adjectâ, quæ ſententia, rejectâ aliquorum Juriſconſultorum, qui propter incertitudinem validitatem horum legatorum denegabant, cœteris Juriſconſultis placuit, ut apertè docet textus in *d. l.* 12. & *in d. l. pen.* docent Giphanius in *l. triticum* 94. *de verb. oblig.* Cujacius in *d. l.* 12. *de legat.* 3. & in *d. l.* 14. *de annuis legatis.* Itaque in his omnibus ſpeciebus relictis inſuper habito favore ſubſiſtunt legata, etſi certa quantitas adjecta non ſit, quia voluntas teſtatoris eſt ſe referre ad æſtimationem faciendam arbitrio boni viri, cumque id ſit certum, ut expreſſè docet textus in *l.* 1. *de legat.* 2. ideò ad validitatem legati in his caſibus non eſt neceſſe ad favorem recurrere.

11 Quæ dicta ſunt in duobus numeris antecedentibus de incertitudine rei legatæ confirmantur exemplo contractuum, in quibus ſi adſit incertitudo, certum eſt effectum ſortiri non poſſe juxta *l. triticum* 94. *de verb. oblig. l.* 115. & 75. *eod. l.* 69. §. *gener.* 4. *de jur. dot.* Quare ſi tibi mandaverim, ut mihi quemvis fundum emas, inutile eſt mandatum *l. quintus* 48. §. *fin. mandati.* Nec obſtat textus in *l. ſi mandavero* §. *ſi tibi centum eod.* nam ſi rectè perpendatur, contrarium non probat; proponitur enim, quod ſi tibi centum dederim, ut ea Titio dares, nec dederis, ſed conſumpſeris, & mandati, & furti actione tenearis ſecundùm ſententiam Proculi : progreditur Conſultus, & ait, quod ſi ita dederim, *ut qua vellet, Titius daret*, eamque pecuniam conſumpſerit, mandati tantummodò actionem oriri. Hæc eſt ſpecies textûs, in cujus lectura variat Accurſius, putat enim legendum eſſe, *ut cui vellet, daret*, ſed quolibet modo legatur, nihil obeſt, quia mandatum certum eſt, conſtat de perſona mandantis & mandatarii, & res, ſuper quam cadit mandatum, etiam certa eſt, & hoc licèt actum ſit, ut cui vellet, Titius daret; nam licèt hoc mandatum liberum arbitrium Titio relinquat, legem tamen certam habet, ut alicui dare neceſſum ſit, non verò in uſus ſuos convertere, facultas enim neceſſariæ electionis propriè liberalitatis beneficium non eſt, ut eleganter ait Papin. in *l. unum ex famil.* 67. §. 1. *de legat.* 2. Deinde non in arbitrium Titii poſitum eſt, an omninò velit dare, an poſt neceſſitatem dandi ſolum diſtribuendi arbitrium ei conceſſum fuerit, ut eleganter ait Conſultus in *l. utrum* 7. *de reb. dub.* apparet ergò mandatum incertum non eſſe, ſimiliter etiam non oritur mandati actio, quando ſalarium incerta pollicitatione promiſſum fuerit, licèt enim mandatum ſuâ naturâ gratuitum eſſe debeat, non impedit quominùs poſt perfectum mandatum animo remunerandi aliquid conſtitutum ſit *l. remunerandi* 6. *in princ. cum l. ſeq. ff. mand.* dummodò certum ſit, nam ſi incertum ſalarium conſtitutum fuerit, tunc nec extra ordinem, nec actione mandati peti poterit, nam cum gratuitum eſſe debeat, judex non poterit nec ex dignitate, nec ex facultatibus ſive mandantis, ſive mandatarii aliquid certum conſtituere *l. qui* 56. §. 3. *ff. mand. l.* 17. *C. eod.* quod non militat in Advocatis, in quibus poterit judex aliquod certum honorarium conſtituere, vel pro modo litis, vel pro Advocati facundia, vel ſecundùm fori conſuetudinem *l.* 1. §. *honorariis de var. & extran. cognit.* ſimiliter etiam ſtipulatio rei incertæ inutilis eſt *d. l.* 94. *de verb. oblig. cum vulg.* veluti ſi quis à Titio ſtipuletur fundum, vel domum, nimia enim incertitudo in hoc caſu vitiat ſtipulationem, ſicuti & legatum, ut jam diximus, ad differentiam hominis vel legati vel promiſſi, quo in caſu ſicut & legatum, ita & promiſſio valet propter rationem jam ſupra allatam : nam in hac parte nulla differentia inter contractus & ultimas voluntates conſtituitur, docent Giphanius *d. l.* 94. *de verb. oblig.* Donellus in *d. l.* 115. *eod. num.* 14. Cujac. *ibi*, & 4. *reſponſ. Papin. in d. l.* 69. §. *gener.* 4. *de jur. dot.* Gomez 2. *variar cap.* 11. *num.* 9. Nec obſtat textus in *l. ubi* 75. *in princ. de verb. oblig.* ubi ſtipulatio fundi non adjecto nomine, vel demonſtratione certâ valet; nam hoc eſt intelligendum, quando ipſe promiſſor fundos habebat, quo in caſu data electione promiſſori, ſubſiſtit promiſſio *l. qui* 106. *de verb. oblig.* ſicuti ſubſiſtit legatum *l. ſi domus* 71. *in princ. l. legata generaliter* 37. *de legat.* 1. Nec obſtat *lex* 69. §. *gener.* 4. *de jur. dot.* ubi proponitur generum à ſocero dotem ſibi reddi ſtipulatum fuiſſe, nullâ adjectâ quantitate; nam reſpondeo non vitiari ſtipulationem dotis, etſi quantitas adjecta non ſit, quia efficitur certa per relationem ad obligationem patris; pater enim debet dotem filiæ ſuæ, ſicuti æs alienum *l. qui libero de rit. nupt. l. ult. de dot. collat.* Quantum autem debeat pater, non eſt incertum, vel obſcurum, debet etenim, & cogitur extra ordinem dotem filiæ conſtituere pro modo patrimonii ſui, & generis dignitate, & hanc

utique

Digitized by Google

utique dotem, buncve dotis modum promittere intelligitur pater, qui pro filia ſimpliciter dotem promiſir; boc autem loeum non habet in ipſa muliere, ſive in extraneo, nam ſi mulier per ſe, vel extraneus illi dotem promiſerit, nullâ demonſtratâ quantitate, promiſſio inutilis eſt; reſpectu enim extranei, vel mulieris nulla obligatio conſideratur, ſed eſt in ejus arbitrio quantam vellet dotem matito dare, vel promittere, modò omnia bona ſua, ut in *l. 40. & 72. de jur. dot.* modò exiguam pecuniam, modò nullam, ita in his caſibus dotis promiſſio ſine certâ quantitare inutilis eſt: ita intelligendus textus in *l. 1. C. de dot. promiſſ.* ita Cujacius 4. *reſponſ. Papin. in d. l. 69. & in d. l. 12. de legat.* 3. Giphanius in *d. l. triticum 99. de verb. oblig.* Donellus in *l. 115. num. 5. de verb. oblig.* etiam inutilis eſt ſtipulatio inſulam fieri non adjecto loco *l. 2. §. ſi quis inſulam ff. de eo, quod cert. loc. d. l. 115. de verb. oblig.* quia propter incettitudinem loci poteſt fieri inutilis hæc ſtipulatio ſtipulatori, promiſſor enim poteſt inſulam ædificare in alieno ſolo, quo eaſu inſula ædificata non ſtipulatoris, ſed domini loci erit *l. 7. §. cum in ſuo de acq. rer.* ſi tamen interſit ſtipulatoris etiam in illo loco inſulam ædificare, valet ſtipulatio: textus ita intelligendus in *l. cum quis 38. de verb. oblig.* Eriam incertitudo ſententiam vitiar, deber enim judex ſententiam certam proferre, etiamſi apud eum de incerta quantitate actum ſit *§. curare 32. inſt. de act. ubi Interpretes.* Omnibus hucuſque dictis de ineertitudine rei tam in legatis, quàm in contractibus obſtat textus in *l. 3. §. fin. de rei vindic.* ubi agens de actione reali vindicatoria ait eam competere, etſi res incerta ſit: ergò ſie ſimiliter, nec legatum, nec contractus vitiari debent ex eo, quod tes ineerta ſit, eum pro ejus dominio inſuper habitâ ineertitudine concedat Conſultus actionem in tem. Cui difficultati reſpondeo in *d. l. 3. § fin.* agere Conſultum de actione reali, quæ intenditur in rem, quæ communis eſt, quo in caſu incertæ partis vindicatio permittitur ex cauſa, quia alitet agi non poteſt *l. 1. §. ult. ſi pars hered. pet. l. quæ 76. §. incerta de rei vindic.* Itaque dicimos competere rei vindicationem in re ineetta, non quia eognoſcetur res ipſa, ſed qnia ob communionem ipſius rei cum ſuo, pro individuo non erat certa & diviſa, cum adhue confuſa poſſideretur, quo quidem in caſu dicitur ineertæ rei vindicationem competere, docet Oſſuald. *ad Donellum 5. cap. 8. lit. F.*

CAPUT TERTIUM.

De fideicommiſſo incerta perſona relicto.

1 QUæ hucuſque dicta ſunt de incetitudine in legato, eadem etiam & de fideicommiſſo dicenda ſunt, quare ſicuti legatum incertæ perſonæ relictum ex defectu cauſæ impulſivæ legandi corruit, ita ſimiliter & propter eandem rationem fideicommiſſum viribus deſtituitur. Qnod ut meliùs intelligatur, ſciendum eſt, quod etſi ante Juſtiniani conſtitutionem in *l. 1. C. commun. de lega.* plures inter legata & fideicommiſſa differentiæ viguiſſent, & ſæpè valuiſſet per fideicommiſſum relictum, quod ſi legati titulo relinqueretur, foret inutile, ur tradit Upian. *in fragm. tit.* 25. quia ampliorem laxioremque naturam habebant fideicommiſſa, quàm legata, ut ait Juſtinianus in *§. ſed non uſque inſt. de legat.* quoad hanc tamen partem inter ea, ideſt inter legata & fideicommiſſa veteres nullum diſcrimen admiſerunt; nam cùm fideicommiſſum congruat & conveniat eum legato in genere libertaris *l. Aurelius 28. §. 10. de libert. legatâ*, exigit etiam ad inſtar legati affectionem relinquendi ex fideicommiſſarii meritis ortam, quæ ex parte incertæ perſooæ conſiderari neqoit. Quæ doctrina eleganti exemplo illuſtrari poteſt. Quia ex defectu cauſæ impulſivæ inutile olim erat legatum pœnæ cauſâ relictum, ut ait Ulpianus ſic intelligendus *d. tit. 24. §. pœna* 16. inutile etiam erat fideicommiſſum pœnæ nomine relictum, ut ait Ulpianus *d. tit. 26. §. 11.* & conſtat ex *l. 1. ff. de his, quæ pro non ſcript. ex §. ult. inſt. de legat.* Ex eadem ergò ratione non modò legatum, ſed etiam fideicommiſſum incertæ perſonæ relictum veteres improbarunt, & ſi quæras, quomodo fideicommiſſum incertæ perſonæ relictum vitietur, cum eertum ſit in eo ſolam voluntatem deſiderari juxta *l. à fratris pen. de legat.* 1. Reſpondebo adhue, eâ ratione non obſtante fideicommiſſum incertæ perſonæ relictum vitiari debere, quod probatur ſequenti exemplo: Certum eſt in teſtamento jure militari facto quamlibet voluntatem licèt minùs ſolemnem pro jure ſolere obſervari, & nihilominùs ex D. Adriani reſeripto eautum fuit, ut ne miles quidem ineertæ perſonæ legata, aut fideicommiſſa relinquere poſſit, nam etiam in milite deſideratur affectio, qood ex eo patet, quod legatum pœnæ nomine relictum, quia ex defectu affectionis erat inutile, nec ex militis quidem teſtamento valebat *d. §. ult. inſt. de legat. verſ. nec ex militis*, in quam rem expendo textum vulgarem ignotum in *l. miles ita 41. §. mulier 10. de teſt. mil.* ubi ait Briſſonius ex reſeripto Adriani inductum eſſe, ut mulier in quam magis ſuſpicio cadere poteſt, non poſſit capere ex teſtamento militis: ex quo conſtat juſtum æquè, ac pium Principem in militis teſtamento affectionem exegiſſe, & non qualem qualem, ſed pudicam ex honeſtâ cauſâ provenientem, ut notavit Cujacius 33. *quæſt. Papin. in l. 19. de his quib. ut indign.* Nec ex abundanti admiſſum, ſed neceſſarium fuiſſe ſuperius reſcriptum, ex eo depromitur, quia ut doctè ait Duarenus *in paraphr. ad tit. de teſtam. mil. cap.* 4. quamcumque ſubtilitatem magis, quàm naturalem rationem habent ea omnia, quæ militibus in ordinationibus teſtamentorum remittuntur, legatum verò incertæ perſonæ relictum non ex naturali ratione, ſed ex juris ſerupuloſitate erat inane, ae proinde procul dubio ex militis teſtamento jure confecto valere, niſi reſcripto Adriani fuiſſet improbatum: ita ergò ſimiliter in fideicommiſſo philoſophandom eſt, nam licèt in eis voluntas ſpectetur *d. l. pen. de legat.* 1. tamen cum neceſſaria ſit affectio erga fideicommiſſarium, argumento *d. l. 28. §. 1. de libert. legat.* meritò exit fideicommiſſa incertis perſonis relicta nullo modo poſſe ſubſiſtere. Sed huic ſententiæ

obſtat

obſtat textus in *l. 57. §. 2. de legat.* 3. ubi proponitur quendam Sejam & Mævium libertos ſuus ex æquis partibus hæredes ſcripſiſſe, Mævioque ſubſtituiſſe Sempronium pupillum, cujus tutelam gerebat, deinde ipſe teſtator Codicillos confirmavit, in eiſqoe prohibuit accipere Mævium eam partem hæreditatis, ex qua hæres in teſtamento ſcriptus erat, & cavit ſe velle in partem Mævii Sempronium pupillum admitti; Mævio autem, cui hæreditatem ademit, relinquit per fideicommiſſum vini vetuſti Lagenas centum quinquaginta cum elogio, ideſt cum vituperatione, ut conſtat ex illis verbis: *Mævio liberto de me nihil merito.* Hæc eſt ſpecies, ex qua ſic argui poteſt; non aliâ ratione evanuit fideicommiſſum, niſi quia debet concurrere affectio teſtaturis erga fideicommiſſarium, & cum hoc reſpectu incertæ perſonæ conſiderari nequeat, inutile redditur, ſed in prædicto textu deficit affectio teſtatoris erga fideicommiſſarium, ſi quidem cum elogio, ideſt vituperatione fideicommiſſum relictum fuit, & tamen ſubſiſtit legatum: ergò etſi deficiat eadem affectio reſpectu incertæ perſonæ, ex hac ratione fideicommiſſum ei relictum vitiari non debet. Deinde quod fideicommiſſum incertæ perſonæ relictum ſubſiſtat, probatur ex eleganti textu in *l. Lucius 123. §. 1. de legat.* 1. ubi proponitur quendam in ſuo teſtamento Gajo, Sejo illud, & illud reliquiſſe, Sejoque bis verbis reliquiſſe: *& rogo te Sei, fideique tua mando, ut quod tibi legavi, reddas ſine alia mora.* Quærit Conſultus, an tacitum ſit fideicommiſſum, cum teſtator teſtamento perſonam, cui voluit reſtitui, non ſignificavit, reſpondet non ideò minùs circumveniſſe leges exiſtimandum eſſe hæredem, etſi incertum ſit, cui proſpectum voluit teſtator: hæc eſt ſpecies, ex qua ſic inſurgo; en ubi non conſiſtit, cui reſtitutio facienda erat, & nihilominùs ex eo capite non redditur, inutile erit fideicommiſſum: ergò non rectè dictum incertæ perſonæ relinqui non poſſe.

2 His tamen non obſtantibus rationibus tenendum eſt fideicommiſſum incertæ perſonæ relictum vires aſſumere non poſſe. Nec obſtat textus in *l. cum quis 37. §. Sejam de legat.* 2. nam præter quam quod in eo textu non affirmat Conſultus fideicommiſſum valere, nec de ea quæſtione tractari, reſponderi etiam poteſt illa verba, *de me nihil merito*, non continere vitium, aut injuriam in libertum, ſed potiùs indicium propriæ teſtatoris liberalitatis & beneficentiæ, qui etiam in libertum, quem nihil de ſe meritum affirmabat, & ideò dimidiam hæreditatis partem ante teſtamentum datam demùm ei adimebat, fideicommiſſi tamen beneficio afficere non dubitabat. Deinde quamvis in eo textu convitium intervenire fateremur, adhuc tamen dicendum erat fideicommiſſum valere, cùm tractet Conſultus de mendo adjecto perſonæ jam ſatis demouſtratæ per illa verba *Mævio liberto*, quo in caſu nec inſtitutio hæredis, nec legatum vitiatur; ſed rejicitur, & pro non ſcriptâ habetur turpis illa demonſtratio, vel contumelia, quâ rejectâ diſpoſitio firma manet, cùm adhuc de perſona ſatis conſtet, textus in *l. 48. §. illa inſtitutio* 1. *l. quoties* 9. *§. ſi quis nomen* 8. *de hæred. inſt.* docet Donellus *6. cap.* 9. Valentia *ad tit. de lib. & poſthum. tr. 1. cap. pen. circa fin.* Nec obſtat textus in *l. turpia* 54. *& in l.* 112. *§. 2. de legat.* 1. quibus locis convincitur convicium, aut contomeliam legatum non vitiare: ergò non rectè diximus pro explicatione *d. §.* adjectam contumeliam pro non ſcriptâ haberi; conſequènterque validum eſſe legatum: Nam reſpondeo Conſultos in prædictis juribus loqui non de turpi, aut contumelioſa demonſtratione adjecta legato, ſed de turpi legato, ex diſpoſitione ſcilicet, quia ipſimet rei legatæ ineſt turpitudò & contumelia, veluti ſi puerilia, aut muliebria ornamenta, aut veſtimenta viro legentur, argumento *l. veſtis 23. §. puerilia & §. muliebria de aur. legat.* & ideò rectè docent Conſulti odio ſcribentis talia legata pro ſcriptis haberi non poſſe, cùm non poſſit manere diſpoſitio aut legatom, quin ſimul turpitudo ipſa, & nota legatarii, vel ignominia permaneat, docent Acoſta 1. *ſelect. cap.* 5. Pichardus *ad tit. de lib. & poſthum. cap.* 3. *num.* 64. Valentia *ad tit. de legat. cap.* 1. *num.* 8. Nec etiam obeſt textus in *l. Lucius 123. §. 1. de legat.* 1. Cui ut reſpondeam ſuppono, quod ſi aliqois fidem ſuam accommodaverit de aliquâ re reſtituendâ incapaci, hoc fideicommiſſum tacitum eſſe *l. 103. de legat.* 1. quod autem jam à fiſco vindicatur, jam apud hæredem remanet: tunc autem remanet apud hæredem, cum palam rogatus; à fiſco autem vindicatur, cùm tacitè fuit rogatus, eâ ratione, quia miniſter fraudis fuit, ita Cujacius in *d. l.* 103. Nunc autem dubitatur, an perſonæ, cui facienda eſt reſtitutio, ſi non ſit declarata à teſtatore, intelligatur palam fideicommiſſum relictum, veluti ſi teſtator dixerit: *rogo vos hæredes mei, ut in eo, quod à vobis petii, fidem præſtetis*, ait Conſultus in *l. 3. in princ. de jur. fiſc.* palam fideicommiſſum datum non videri, an fraus legi facta ſit? & reſpondet Conſultus in *l. 40. de jur. fiſc.* legi fraudem factam eſſe, conſequenterque hæredem pœnâ taciti fideicommiſſi teneri. Nec obſtat textus in *l.* 3. ubi ait Conſultus legi fraudem factam non eſſe: Nam reſpondeo duplicem quæſtionem in *d. l.* proponi. Prima eſt, an fideicommiſſum palam datum videatur? Reſpondet non videri, quia non apparet quid ab hæredibus petierit. Secunda eſt, an fraus fiat legi, & lex ita diſtinguit: tunc fraus facta intelligitur, cum hæres non rogatus teſtamento, vel codicillis, ſed obligat ſe privatâ cautione, vel chirographo, deficiente autem hoc dici non poteſt fraudem fuiſſe factam, & hoc modo intelligitur textus in *d. l. 3. in princ. de jur. fiſc.* ubi illis verbis: *Vos rogo, hæredes mei, ut in eo, quod à vobis petii, fidem præſtetis*; nullâ præhabitâ conventione non inducitur fraus, nam ea ſola verba idoneam taciti fideicommiſſi ſuſpicionem non faciunt ad differentiam textùs in *d. l.* 40. in quo quia prædicta conventio antea intervenerat, dicitur fraudem factam fuiſſe, conſequenterque hæres pœnam taciti fideicommiſſi evitare nequit: ita Cujacius in *d. l. 103. de legat.* 1. *& lib. 22. quæſt. Pauli in d. l. 40. de jur. fiſc.* Verum tamen ſi conſtiterit hæredem tacitam fidem interpoſuiſſe, prædicta verba, quibus uſus fuit teſtator, hæredem non excuſabunt, quominùs fraus facta videatur: hoc pacto in-

telligendus eſt noſter textus in *l. Lucius* 123. §. 1. *de legat.* 1. ubi teſtator tacitè rogavit legatarium, deinde ita ſcripſit: *rogo te, ut ea, quæ tibi legavi, reddas ſine ulla mora*, ideſt *ei ipſi reddas*; quæritur an palam fideicommiſſum videatur relictum, reſpondet quod non; quia non apparet, cui relinquitur, nihilominus tamen non evitat pœnam fideicommiſſi, quia ea verba potiùs diſtinguunt, quam tamen diſſolvunt, eo enim ipſo, quod reticuit nomen fideicommiſſarii, fraudis ſuſpicio arguitur, ne intelligeretur fideicommiſtum incapaci relinquere, ita Cujacius *lib. ſing. quæſt. Ulpiani*, Marcellus in *d. l.* 123. §. 1. *de legat.* 1. Incertitudo itaque in eo textu inutile fideicommiſſum efficere non potuit, quia licèt perſona fideicommiſſarii eſſet incerta apud nos, penes animum, & exiſtimationem defuncti incerta non erat, in quo caſu diximus nec legatum, nec fideicommiſtum deſtrui, & ita intelligimus textum in *l.* 4. §. 1. *pro legat. l.* 121. §. 1. *qui teſtam. fac. poſſ.* cum aliis, quos adduximus §. *anter.*

3 Denique quod fideicommiſſum poſſit relinqui incertæ perſonæ, probatur in hunc modum. Tota ratio, ob quam non poteſt fideicommiſſum relinqui incertæ perſonæ eſt, quia deficit affectio, quod probatur in hunc modum: ſi in fideicommiſſo fuiſſet neceſſaria affectio teſtatoris erga fideicommiſſarium, non poſſet ſubſiſtere fideicommiſſum pœnæ nomine relictum, quia etiam, ut antea dixi, non datur cauſa impulſiva legandi, ſed fideicommiſſum non improbatur ex eo, quod pœnæ nomine ſit relictum: ergò nullum eſt inconveniens, quod incertæ perſonæ poſſet relinqui. Aſſumptum patet ex eleganti textu in *l. pater filiam* 38. §. *fundum* 3. *de legat.* 3. ubi talis proponitur ſpecies: Titius inſtituit ſibi hæredem filium ſuum, & in eodem teſtamento vetuit venundare, & pignorare fundum titianum hæreditarium, & hæc verba adjecit: ſed ſi adversùs meam voluntatem facere voluerit, *fundum titianum ad fiſcum pertinere*: filius autem moriens inſtituit hæredem extraneum, quæſtionis fuit apud Conſultum, an prædictus extraneus poſſit fundum titianum tenere, an verò illi, qui ſunt de familia teſtatoris? Et reſpondet Conſultus fundum ad extraneum pertinere, quia voluntas teſtatoris fuit ſoli filio conſulere, ita ut ipſe quoad viveret, nec vendere, nec donare fundum poſſet, hæc eſt ſpecies, quam ſic expendo: ecce textus, ubi fideicommiſſum pœnale fuit, in caſu enim alienationis fiſco fuit fundus relictus, & nihilominùs inducitur inutilitas fideicommiſſi: ergò valet, licèt pœna impoſita ſit, conſequenterque deficit in tali fideicommiſſo cauſa impulſiva legandi. Cui difficultati ut reſpondeam, ſuppono legata & fideicommiſſa pœnæ nomine relicta non tam benevolentiæ & donationis gratiâ in legatarium conferri, quàm in pœnam hæredis, & quæ illius coercendi cauſâ relinquuntur, Conſultorum tempore valida non fuiſſe ex conſtitutione Antonii Pii in *l.* 1. *&* 2. *de his quæ pœnæ nom. l. unic. C. eod.* §. *ult. inſt. de legat.* Ulpianus *in fragm. tit.* 24. §. *pœna*, *&. tit.* 25. §. *pœnæ.* Docent Donellus 8. *cap.* 16. Cujacius 5. *ad African. in d. l.* 1. ex ratione, qua efficitur inutile legatum, vel fideicommiſſum incertis perſonis relictum. Verùm hæc doctrina locum non habet, cùm ſecundum legatum, vel poſterius non tam coercendi hæredis, aut pœnæ cauſâ, quàm adjuvandi primi legati, & donationis in legatarium conferendæ gratiâ adſcriptum eſt; quo quidem in caſu legatum, vel fideicommiſſum ſubſiſtit, ut Interpretes ſupra relati docent, & hoc pacto intelligunt textum in *l.* 2. *de penu. legat.* in quo tale legatum proponitur: *hæres uxori meæ penum dato, ſi non dederis, centum dato*; valet itaque ſecundum legatum hujuſmodi, quia ſecundum non apponitur odio hæredis, ſed gratiâ & contemplatione uxoris legatariæ, quò faciliùs hæres ad dandum promoveatur. Hoc etiam pacto intelligitur textus in *l. pater* 38. §. *fundum de legat.* 3. ubi ſecundum legatum ejuſdem fundi fiſco relictum non fuit adjectum odio filii hæredis inſtituti, ſed ut potiùs voluntati teſtatoris obtemperans fundum non alienaret, ut ejus utilitas apud eum remaneret. Quæ interpretatio colligitur ex illis verbis: *ita enim fiet, ut fundus de nomine veſtro numquam exeat*, ita Cujacius in *d. l.* 38. §. 13. Verùm hæc ſolutio poteſt impugnari ſequenti dubio: ſed voluntas teſtatoris in ſecundo legato non fuit familiæ conſulere, ſed ipſum filium hæredem inſtitutum coercere, quod ſic probo: ſi ea eſſet voluntas teſtatoris, ſcilicet familiæ conſulere, non præferretur extraneus illis, qui ſunt de familia teſtatoris; ſed ait Conſultus præferri: ergò ejus voluntas non fuit familiæ conſulere, at hæredem coercere. Huic objectioni reſpondetur voluntatem teſtatoris fuiſſe non familiæ conſulere, ſed ſolùm ipſimet hæredi inſtituto, ut probant verba prædicti textûs: *quamdiu vixerit*, quæ ſolùm commodum filii reſpiciunt: Nec obſtant alia verba ejuſdem textûs ſupra relata ibi: *ita enim fiet, ut fundus de nomine veſtro numquam exeat*: nam aſſero illud verbum *numquam*, ita eſſe accipiendum, ideſt, quamdiu vixerit filius. Elegans textus in *l.* 1. *ff. pro ſocio*; ubi ait Conſultus ſocietatem perpetuò celebrari poſſe, quia deciſio ne obſtet textui in *l.* 71. *ff. eod.* ubi contrarium aſſeritur, eſt intelligenda ita, ut tamdiu, quamdiu vixerit ſocii ſocietatem celebrare poſſint. Ita ſimiliter accipiendum eſt illud verbum *numquam*, ideſt, quamdiu vixerit filius; illa autem verba: *de nomine veſtro* ſunt intelligenda, ideſt *de nomine ſuo*, ſcilicet filii hæredis inſtituti; ſæpiſſimè enim verba teſtatoris abuſivè loquuntur, ut in *l.* 69. §. 1. *de legat.* 3.

Ex his ſatis abundè conſtat, quod ſicut 4
legatum incertæ perſonæ relinqui nequit, ita neque fideicommiſſum. Debet itaque teſtator perſonam fideicommiſſarii declarare, itaque etiam videmus, quod ſi teſtator rem aliquam legaverit, ejuſque alienationem prohibuerit, non aliter diſpoſitio teſtatoris ſubſiſtere poteſt, niſi alienatio reſpectu certæ perſonæ fiat, adjectâ etiam cauſâ alienationis, alioquin enim erit nudum præceptum, nullumque obligationis vinculum ad ſui obſervantiam producet *l. filius* 114. §. *Divi* 14. *de legat.* 1. *l.* 38. §. *Julius Agrippa l.* 93. *in princ. de legat.* 3. in quibus omnibus probatur nudam alienationis prohibitionem à teſtante factam, ita ut nec cauſam exprimat, propter

quam

quam id obſervari velit, nec inveniatur perſona, cujus reſpectu ita diſpoſitum fuerit, nullius eſſe momenti, nulloque obligationis vinculo hæredes ad ſui obſervantiam adſtringere, quia licèt poſſint teſtatores teſtamento ſuo legem dicere; hoc tamen intelligendum, dum ſibi, vel aliis proſpiciunt, & dum de rebus ſuis in ſuam, vel aliorum utilitatem diſponunt; at verò ſi nudum præceptum relinquant, & acquiſitum aliàs dominium in illud tempus, quo acquiſitum jam eſt, prohibeant alienare, nec ſibi, nec aliis proſpicientes talem diſpoſitionem inutilem futuram & invalidam, quia non teſtantis, ſed imperantis jus eſt, & talem legem privati non poſſunt dicere, cùm nec ipſis ſupremis Principibus illius ſummi Imperii dignitas tribuerit poteſtatem, ut poſſint, ſcilicet cauſâ dignitatis dominium jure acquiſitum, & illius effectus ſubditis adimere, *l. item ſi verberantem* 15. §. *item ſi forte de rei vindic. l.* 13. §. *ſi conſtat commun. prædior. l.* 9. *ad l. Rodiam de jact. l.* 11. *de evictionib.* docet Valentia *ad tit. de legat. tract.* 2. *cap.* 1. *per tot.* ubi latè hanc partem tractat, ejuſque exceptiones, & limitationes proponit; ſi verò teſtator cauſam alienationis, vel perſonam, cujus reſpectu id fit, expreſſerit, ſubſiſtit diſpoſitio; veluti ſi teſtator prohibuerit fundum extra familiam alienare, fideicommiſſum utile eſt, utpote quia jam eſt cauſa, & perſona, cujus intuitu alienatio inducta eſt *d. l.* 114. *de legat.* 1. §. 15. *l.* 67. §. *ſed ſi fundum l.* 69. §. *fratre de legat.* 2. *l. pater* 38. *in princ.* §. 1. 2. *&* 3. *de legar.* 3. In quibus omnibus favor poſteritatis & familiæ uſitatiſſima eſt, & ſufficiens prohibitionis cauſa, ut diſpoſitio teſtatoris, & pariter fideicommiſſum ſubſiſtant. Verùm adversùs nos ex hoc inſurgit difficultas; nam eo ipſo, quod fideicommiſſum hoc ſubſiſtat, videtur inferri fideicommiſſum incertæ perſonæ relinqui, cùm illi, qui in familia ſucceſſuri ſunt, incertæ & ignotæ perſonæ penes teſtatorem ſint; & hanc opinionem ſuadere videtur textus in *l. pater* 38. §. *mater* 7. *de legat.* 3. quo loci proponit Scævola matrem filios ſuos hæredes inſtituiſſe, & poſt illorum inſtitutionem, hæc alia verba, adjeciſſe: *prædia, quæ ad eos ex bonis meis perventura ſunt nullâ ex cauſâ abalienent*; cumque eſſet quæſitum, an ex his verbis prædia per fideicommiſſum familiæ relicta deberentur; reſpondet Scævola nihil de fideicommiſſo proponi, & hujus rei rationem reddit Cujacius *in recit. ad l.* 114. §. 2. *de legat.* 1. ſcilicet quia incertæ perſonæ fideicommiſſum relictum fuit: ergò ex eo textu junctâ doctrinâ Cujacii, unum ex duobus inferendum eſt, vel quod fideicommiſſum familiæ relictum ſubſiſtere non poſſit, aut ſi ſubſiſtit; quod fideicommiſſum incertæ perſonæ relinqui poſſit. Hac autem dubitandi ratione non obſtante dicendum eſt fideicommiſſum familiæ relictum validum eſſe, quin incertitudo poſſit illud vitiare, quia affectio teſtatoris erga Rempublicam eſt ſufficiens cauſa impulſiva legandi, quæ efficit, ut tale fideicommiſſum ſubſiſtat, licèt perſonæ; quæ ſunt ſucceſſuræ; incertæ perſonæ ſint; affectio enim teſtatoris erga Rempublicam eſt ſufficiens cauſa ad hoc, ut remotâ affectione, quæ in Republica, ſeu in his quæ ſunt de Republica conſiderantur, ex conſtitutionibus Principum poſſit legatum, vel fideicommiſſum relinqui, & ſicut affectio ſpargentis miſſilia in populum eſt ſufficiens cauſa impulſiva ad hoc, ut dominium mediante occupatione acquiratur, licèt ignoretur, quis ea capturus ſit, ita ſimiliter affectio teſtatoris erga familiam [illegible] cet fideicommiſſi validitatem; licèt ignoretur, quis in familia ſit ſucceſſurus. Nec obſtat textus in *d. l.* 38. §. 7. *de legat.* 3. quem aliter ipſemet Cujacius explicuit tum in recit. ad dict. textum, tum *lib.* 19. *quæſt. Papin. in l.* 67. §. *fin. de legat.* 2. Ait ergò Cujacius ex illis verbis *nihil de fideicommiſſo proponi*, non inferri invalidum fuiſſe; quia teſtator voluit, ut filii ad conſervationem prædiorum ex cautione obligarentur, ut in *l.* 12. *ad Trebell.* ideòque dixit nihil de fideicommiſſo proponi.

Ex his juribus conſtat nullam fuiſſe differentiam inter legata & fideicommiſſa incertis perſonis relicta. Quare ſicut legatum inutile erat, ita & fideicommiſſum. Verùm Oroz 1. *de apicib. cap.* 7. *num.* 17. eam differentiam aſſignat inter legata & fideicommiſſa incertis perſonis relicta, ſcilicet quod in legatis, ſi tempore, quo in teſtamento relinquebantur, erat incerta perſona, cui dabantur, inutilia erant, etiamſi certa fieret tempore mortis teſtatoris *l.* 17. *quando dies lega. ced.* nam cum regula Catoniana improbaret legata, quæ non valerent, ſi ſtatim quo perficitur ſcriptura teſtamenti, deceſſiſſet teſtatur, & numquam ſinat illa valere, ex eo quod diutiùs vixerit *l.* 1. *& per tot. tit. de reg. Caton.* §. 32. *inſt. de legat.* Docet Cujacius 5. *quæſt. Papin. in l.* 3. *ad reg. Caton.* Cheſius 1. *interpr. cap.* 3. *per tot.* Inde eſt, quod legata relicta incertis perſonis numquam ſubſiſtant, etſi poſtea certa perſona reddatur, in fideicommiſſis verò, quia ad ea non pertinebat regula Catoniana, etiamſi tempore, quo relinquebantur, eſſet perſona incerta, non erant inutilia fideicommiſſa, ſi perſona redderetur certa tempore mortis teſtatoris, vel quia dies fideicommiſſi ceſſerit. Hæc ſententia Oroz duplicem partem continet. Prima, quod ad fideicommiſſa non ſpectat regula Catoniana; ſecunda, quod factâ prædictâ ſuppoſitione, ſi perſona fideicommiſſarii fiat certa tempore mortis teſtatoris, vel tempore ceſſionis fideicommiſſi, validum ſit. Primam ergò partem probat ex eo, quod in fideicommiſſo non ſit datio, ſed rogatio *l.* 145. *de legat.* 1. *l.* 16. *de fideicom. lib.* Deinde quia fideicommiſſa extra teſtamentum incurrunt, cùm nulla ſolemnitate præcedenti etiam nutu relinqui poſſint *l.* 21. *de legat.* 3. & etiam ab inteſtato *l.* 8. §. *de jur. codicill. in his*; *quæ extra teſtamentum incurrunt, poſſunt res ex bono & æquo interpretationem accipere; ea verò, quæ ex ipſo teſtamento oriuntur, neceſſe eſt ſecundùm juris ſcripti rationem expediri*, ut ait Gaius in *l.* 16. *de condit. & demonſtrat.* Deinde hæc ſententia; quæ etiam fuit Fabri 18. *conject. cap.* 20. fundatur in *l.* 3. §. 2. *de jur. fiſc.* quo loco inquirit Conſultus, quando intelligatur fraudem committere illum, qui fidem ſuam accommodaverit de reſtituendo fideicommiſſo incapaci, utrum exitus, an conſilium expectari debeat; & reſpondet Conſultus exitum eſſe expectandum nullo reſpectu habito, an is, cui reſtitui debeat

debeat, vel jubetur, tunc temporis capax ſit, an verò mortis teſtatoris tempore, vel extra: ergò ſi io prædicto textu non quæritur de incapacitate fideicommiſſarii tempore, quo fideicommiſſum relinquitur, clarè evincitur regulam Catonianam ad fideicommiſſa non ſpectare.

6 Secundam partem ſuæ upinionis fundat Oroz *ex leg. pen. de legat.* 1. *l.* 5. *in princ. de reb. dub. l. generaliter* §. *ſi homini cum ſeq. de fideicom. libert.* Verùm his rationibus non obſtantibus, contraria ſententia plauſibilis eſt, ſcilicet regulam Catonianam ad fideicummiſſa ſpectare, quia licèt in eis non ſit datiu, ſed rogariu, & licèt fideicommiſſa non requirant tantam ſolemnitatem, quantam legata, tamen optimè ſtat ad ea regulam Catonianam extendi; quia cùm ad legata pertineat, legatique nomen omnes diſpoſitiones teſtamentarias comprehendat, nulla ratio eſt, ob quam prædicta fideicommiſſa excipiantur, præſertim poſt legatorum & fideicommiſſorum executionem, de qua io *l.* 1. *de legat.* 1. Itaque videmus & appellariune legati fideicommiſſa contineri *l.* 87. *de legat.* 3. docet licèt non ita Cujacius *lib. quæſt. Papin. in l.* 3. *de reg. Caton.* Nec obſtabit, ſi dicas fideicommiſſum noo à morte teſtatoris cedere, ſed ab adita hæreditate *l. quidam* 25. *ad Trebell.* ergò ad ea non ſpectat regula Catoniana, quud ſic probatur ratione. Ea non ſpectant ad libertatem, quæ nou à morte teſtatoris cedunt, ſed ab adita hæreditate *l. un* §. 6. *de cadnc. toll.* ergò cùm hoc fideicommiſſa habeant, non debet ipſa regula pertinere vel extendi. Namque reſpondeo cum ſeotentia Cujacii in *d. l.* 3. *de reg. Caton.* falſum eſſe dicere fideicommiſſa & hæreditates fideicommiſſarias ab adita hæreditate cedere, quia nihil verius eſſe ait Cujacius, quàm omnia legata, fidcicommiſſa & hæreditates à morte teſtatoris cedere. Nec obſtat *d. l. quidam ita* 25. cujus hæc eſt ſpecies. Quidam hæredem rogavit, ut filiu reſtitueret hæreditatem primâ quaque die, ideſt ſtatim ac haberet facultatem reſtituendi, ideſt adeſſet; mortuus eſt filius poſt mortem patris, & aote adiram hæreditatem. Quæritur an matri debeatur fideicommiſſum, an hæredi filii jure tranſmiſſionis, & concludit Conſultus magis ex voluntate defuncti eſſe, ut fideicommiſſum ad matrem transferatur, voluotas namque defuncti videtur eſſe, ut ſive ante ceſſionem, ſive poſt, ſive ante reſtitutionem hæteditatis deceſſerit filius, ut veniat mater, & ita demùm uuu veniat mater, ſi poſt reſtitutionem deceſſerit filius *l.* 3. *idem de adim. legat.* ergò ex eo textu colligitur fideicommiſſariam hæreditatem, aut fideicommiſſa ante aditionem non cedere.

7 Nec obſtat textus in *l.* 3. §. 2. *de jur. fiſc.* qui ſequentem habet explicationem; rogavit quis reſtituere tacitè incapaci, hic mortis tempore erat capax, quæritur, quid ſit expectandum, reſpoudet exitum; itaque pœna taciti fideicommiſſi ceſſavit, quoniam eo tempore, quo fideicommiſſum inveuitur capax, *l. non oportet* 52. *de legat.* 2. quæ ita ſe habet: *non oportet de conditione cujuſpiam quæri, antequam hæreditas, vel legatum ad eum pertineat*; hoc eſt intelligendum à fiſco, fiſcus namque exitum expectat; verùm fideicommiſſarius hoc caſu non capit fideicommiſſom ob regulam Catonianam, ſed apud hæredem remanebit; ergò coofilium taciti fideicommiſſi non nocet, niſi ſequatur exitus; verùm quid ſi rogatus reſtituere capaci, & mortis tempore ſit capax, *d. l.* 3. §. 2. ait finem etiam eſſe expectandum hoc caſu, quoniam ait *lex ult.* idem eſt in caſu contrario: igitur videtur fraus interveniſſe, ſi finem expectamus; verùm *l. in fraudem* 108. §. 1. *quib. ut indign.* hoc negat, atque fraudem non interveniſſe, & fideicommiſſum apud hæredem manere; verùm reſpondendum eſt, quod quando in *d.* §. 2. dicitur, hoc etiam in caſu exitum expectari, ita eſſe accipiendum, ſi conſilium etiam intervenit, quod & docet textus in *d. l. in fraudem* 10. §. 1. nam ſolùm exitus hæredem pœnæ taciti fideicommiſſi non ſubjicit; ſic etiam fraus accipitur in edicto *de non fraudand. creditorib.* §. *in fraudem inſt. quib. ex cauſis manum.* 1u. *l.* 15. *quæ in fraud.* ita Cujacius in *l. in tacitis* 103. *de legat.* 1. Oſſuald. 8. *cap.* 18. ergò ex prædictu textu non infertur ad fideicommiſſa regulam Catonianam non ſpectare, ſed tantùm in eo de conſilio, & exitu fraudis taciti fideicommiſſi diſputare. Deinde ſuppoſito, quod eſt falſum dicere, regulam Catonianam ad fideicommiſſum non ſpectare, aliâ ratione ſi relinquebantur incertæ perſunæ, etiamſi perſona certa poſtea fieret, non poterat valere, ſcilicet quia quod ab loitio vitioſum eſt, tractu temporis convaleſcere non poteſt, quæ quidem juris regula generalis in omnibus diſpoſitionibus militat, differtque à Catuniana, quæ quidem etſi aliquo caſu ceſſet, altero tamen non ceſſat. Exemplum hujus rei clarum eſt in legatis & diſpoſitionibus conditionalibus, in quibus non habet locum regula Catoniana *l. cætera* 41. §. *tractari* 2. *de legat.* 1. *l.* 98. *de condit. & demonſtrat.* & nihilominus ſi legata & inſtitutiones conditionale aliquod vitium à principiu habeant, vitiantur uon per regulam Catoniauam, quæ in eis ceſſat, ſed per regulam generalem; elegans textus hanc ſententiam probans in *l.* 8. *de lib. & poſthum.* Aliud exemplum deſumitur ex libertatibus, in quibus non habet locum regula Catoniana; quippe quæ nun à murte teſtatoris, ſed ab adita hæreditate cedunt *d. l. un.* §. 6. *C. de caduc. toll.* & uihiluminùs ſi habeant vitium à principiu, ita vitiantur, ut nequeant convaleſcere *l. ſi minor* 102. *de legat.* 1. *l. ult. de caſtr. pec.* ergò ita ſimiliter in fideicommiſſis incertis perſonis relictis, in quibus etſi fateamur regulam Catonianam non habere locum, adhuc tamen ex prædictâ ratione, regulâque juris generalis, quæ dicat, quod ea, quæ vitiuſa ſunt, convaleſcere non poſſunt *l. quod ab initio* 29. & 201. & *penult. de reg. jur.* infirmari debeant. Denique non obſtant jura, ex quibus Oroz. ſuam upinionem fundat; non enim *lex penult. de legat.* 1. ex qua prubatur poſthumu alieno fideicommiſſum relinqui poſſe, in cujus intelligentia ſuperſedeo; quia de ea ſoo loco agemus. Nec etiam obſtat *l.* 5. *in princ. de reb. dub.* ubi proponitur quendam relegatum facto teſtamento poſt inſtitutionem, & legata ita dixiſſe: *Si quis ex hæredibus, cæteriſve amicis, quorum hoc teſtamento*

men-

Digitized by Google

mentionem habui, ſive quis alius ab Imperatore mihi reſtitutionem impetraverit, & antea deceſſero, quàm ei gratias agam, volo dare aureos ter. air Conſultus, quod ſi aliquis ex hæredibus, legatariis, vel alius extraoeus liberationem impetraverir, ad fideicommiſſum admittitur: ergò magnum diſcrimen conſiderari debet inter legata & fideicommiſſa incertis perſonis relicta. Cui difficultati ut reſpondeam, duo ſuppono; primò, quod etſi incertis perſonis non poterant legata, aur fideicommiſſa relinqui, tamen incertis ex certis legitimè relinquebantur §. *incertis 25. inſt. de legat.* Secundò quod incertis perſonis apud nos, certis tamen penes conceptum teſtatoris rectè legata, aut fideicommiſſa relinquebantur, quo pacto aliqua jura in hoc §. *anteced.* intelleximus. His ergò ſuppoſitis jam eluceſcit mens Conſulti in *d. l. 5.* quæ eſt, ut ſi unus ex hæredibus vel legatariis, vel ex amicis ipſi teſtatori cognitis reſtitutionem impetraverit, ad fideicommiſſum admittendus ſit, quin obſtet incertitudo; quia non poteſt dici perſona incerta, quæ ex certis & cognitis ipſi teſtatori ſumitur, unus ſcilicet ſub conditione *l. queties 11. de reb. dub.* Et hæc intelligentia competit menti Juliani, qui caſum interpretatus fuit, illaque verba: *ſi quis alius* intelligi, ideſt ſi quis alius ex amicis, quibus nihil legaverat antea, conſequenterque ſentit, quod ſi alius quàm ex amicis teſtatoris reſtitutionem impetraverit, ad fideicommiſſum admittendum non eſſe, utpote quia incertus. Tandem non obſtat textus in *l. generaliter 24. §. 3. de fideicom. liber.* quo loco proponitur, quod ſi homini libero fideicommiſſa libertas relicta fuerit, & mortis tempore, vel exiſtentis conditionis in ſervitutem redactus fuerit; poſſe petere libertatem fideicommiſſam. En ubi ſufficit capacitas tempore mortis, vel exiſtentis conditionis in ſervo, ut ei poſſit competere fideicommiſſa libertas: ergò ſic ſimiliter certitudo fideicommiſſarii ax poſtfacto ſuperveniens ſufficiens eſt, ut poſſit ad fideicommiſſum admitti.

6 Cui difficultati reſpondendum eſt in prædicto textu non conſiderari incapacitatem reſpectu illius, cui fideicommiſſa libertas relicta fuit, ſed impedimentum, quo ſcilicet liber eſſet, quippe qui liber eſt ampliùs de libertate quærere, ſive cogitare non poteſt. Itaque ſi impedimentum ceſſaverit tempore mortis, vel exiſtentis conditionis, poterit libertatem fideicommiſſam petere; ſecùs eſſet, ſi incapacitas in illo conſideraretur, tunc enim non poſſet ei competere libertas, ut accidit in ſervo in metallum damnato, cui non poterit fideicommiſſaria libertas præſtari: ut apparet ex *d. l. 24. §. ſi ſervus §.* Confirmatur hæc ſolutio ſequenti exemplo, res mea mihi legari non poteſt, quia quod meum eſt, ampliùs meum fieri non poteſt, *l. 3. §. ex plurib. de acq. poſſeſſ.* quâ ergò ratione vitiatur hoc legatum? an deſtruitur per regulam quod ab initio? minimè, quia in hoc caſu non adeſt vitium, ſed tantùm impedimentum, quod ſcilicet res mea ſit, vitiatur ergò per regulam Catonianam, quæ efficit, ut legatum, quod inutile foret, ſi ſtatim teſtator deceſſiſſet, id ex eo, quod diutius vixerit, convaleſcere non poteſt, *l. 1. de reg. Caton.* docet ſubtiliter Cheſius *in interpr. cap. 3.* Cur ergò regula Catoniana locum in noſtro caſu non habeat, & vitium non adſit, ſed impedimentum, rectè ait Conſultus, quod ſi redactus fuerit in ſervitutem tempore mortis, vel exiſtentis conditionis, poterit petere fideicommiſſam libertatem. Ampliùs fulcitur hæc ſolutio ex *l. 17. §. fin. qui & quib.* ubi ſi ſervo, qui intra certum tempus manumitti non poteſt, libertas in teſtamento fuerit relicta, non tempus facti teſtamenti, ſed competentis libertatis inſpiciendum eſt, hoc intelligendum de illo ſervo, qui plagium commiſit; hic enim intra decem annos prohibitus eſt manumitti, *l. 12. de manum.* Cum ergò in hoc non incapacitas, ſed impedimentum temporarium militet, meritò eo ceſſante poterit ad libertatem perduci, ſecùs eſſet, ſi ipſe in totum prohibitus eſſet manumitti in caſibus, in quibus fit mentio in *l. 9. qui & à quib.* quia tunc ne ex poſtfacto accipiat capacitatem, poterit petere libertatem, quæ antea ei relicta fuiſſet, niſi ex ſpeciali indulgentia, quomodo intelligendus eſt textus in *d. l. generaliter 24. §. ſi ſervus 5. verſ. quid ergò de fideicom. liber.* Ultimò pro ſententia Oroz. poteſt expendi textus in *l. ſi cognatis 19. de reb. dub.* quo loco proponitur, quod ſi quis legatum cognatis reliquerit, & aliquis tunc temporis cognatus non fuiſſet, & poſtea per adrogationem cognatus efficitur, ad legatum admittitur; ergò etſi fideicommiſſarius à principio incertus ſit, ſi poſtea certus efficiatur, ad legatum admittitur. Cui difficultati reſpondendum eſt, magnum diſcrimen eſſe inter utrumque caſum; ideò enim fideicommiſſum inutile eſt, quia deficit cauſa impulſiva legandi (quod relictum eſt incertæ perſonæ) cumque hoc fideicommiſſum ab initio vitium contineat, inde eſt, quod poſtea nequeat convaleſcere, hoc tamen non militat; quando teſtator cognatis ſuis legatum relinquit, quia adeſt cauſa impulſiva legandi, conſiderat enim teſtatorem ſuam affectionem erga familiam; vel cognationem habuiſſe: itaque enixa teſtatoris voluntas, vel affectio erga familiam efficit, ut hoc legatum ſubſiſtat, & comprehendat non ſolùm qui cognati tempore teſtamenti fuerint, verùm & qui tempore mortis; iſti namque in modo generali legandi propter enixam teſtatoris voluntatem comprehenduntur. Confirmatur hæc ratio ex *l. 24. de legat. præſt.* ubi diſputans Conſultus de illis perſonis, quibus ex eo edicto legata revocantur, ait ſufficere in eâ incertitudine tunc eſſe, quando dies legati cedat. Itaque ſi legatum relictum fuerit extraneo, qui poſt factum teſtamentum, & ante mortem teſtatoris vel ab ipſo, vel à filio emancipato adoptatus fuerit, certaque perſona efficiatur tempore mortis, in hoc caſu dicendum eſt debere percipere legata, petitâ bonorum poſſeſſione contra tabulas, quia ſufficit in ea incertitudine fuiſſe, quando dies legatorum cedit, docet Retes in *animadv. ad tit. de legat. præſt. cap. 8. num. 10.* Oroz *ll. cap. 7. num. 12.* Deinde confirmatur ſolutio *d. l. 19. & l. 23. de ſervit. præd. urb.* ubi ait Pomponius in hac ſpecie, ſeu cautione, *ne luminibus officiatur*, omne lumen ſignificare, ſive quod in præſenti, ſive quod poſt tempus conventionis contigerit, docet Donellus *lib. 11. comment.* Nec obſtat textus in *d. l. de aur. & arg. legat.* ubi ſi legavero argentum

rum meum, vel ſervos meos, aſſeritur hujus diſpoſitionem ad res præſentes, non verò ad res futuras extendi. Nam reſpondeo hoc ex voluntate teſtatoris provenire; nam teſtator qui res ſuas dixit, præſentes, non ſuturas intellexit, qui enim vult legare centum non vult legare ducentum, quapropter legstis præſentibus futura non intelligitur legaſſe, at verò quando teſtator ſuis cognatis legat, omnibus cognatis tam præſentibus, quàm futuris legaſſe videtur, quia cauſa legaodi communis eſt, meritóque propter enixam teſtatoris voluntatem omnes in eo legato generali comprehenduntur. Ita Donellus in *d. l.* 19.

CAPUT QUARTUM.

De inſtitutione incertæ perſonæ.

1 EIſdem rationibus, quibus prudentes legata aut fideicommiſſa incertis perſonis relicta evaneſcere exiſtimaverunt, prohibuerunt pariter incertas perſonas hæredes inſtitui poſſe *l.* 9. *§. ſi quis nomen* 8. *de hered. inſt. l.* 24. *C. de Epiſc. & Cler.* Ulpianus *in fragm. tit.* 22. *§.* 6. docent Donellus 6. *comment. cap.* 17. *&* 8. *cap.* 16. Petrus Gregorius 42 *ſyntagm. cap.* 32. *num.* 4. Verùm obſtat ſequens conſideratio; nam certum juris principium eſt, ignotum penitus & extraneum ipſi teſtatori hæredem inſtitui poſſe *§. fin. inſt. de hered. inſt. l.* 11. *C. l.* 46. *ff. eod.* ſed in hoc non poteſt conſiderari, cauſa impulſiva ex parte teſtatoris, & tamen inſtitutio ſuſtinetur.: ergò rationes, quæ legata & fideicommiſſa inutilia efficiunt, ad inſtitutionem extendi nequeunt. Cui difficultati reſpondeo magnam eſſe differentiam inter utrumque caſum, nam quando perſona incerta eſt, ut abundè probatum eſt, nec dici poteſt certum judicium teſtatoris, nec ex parte ipſius erga inſtitutum affectio conſiderari poteſt; at verò ubi teſtatoris voluntas in perſonam aliquam certam deſtinatur, incertum conſilium, incertave perſona dici nequit, licèt circa accidentia incertitudo ſit, poteſtque etiam circa ignotum ita ei affectus eſſe, ut ei velit proſpicere, vel remunerare, vel propter ſsnguinis neceſſitudinem, vel propter famam virtutis, conditioniſve, itaque cùm in hoc caſu conſideretur affectio teſtatoris, ejuſque judicium in perſonam certam dirigatur, nil mirum, quod ignotus & extraneus hæres inſtitui poſſit, dum is civis Romanus ſit; nam peregrini, qui juris civilis expertes ſunt, hæredes inſtitui non poſſunt, textus in *l.* 1. *C. de hered. inſt.* ita Donellus in *d. l.* 11. *C. eod.* Rursùs non obſtat difficilis, atque ignotus ad rem textus in *l. illa* 32. *de hered. inſt.* ubi ait Gaius illam inſtitutionem, *quos Titius voluerit, hæredes ſunt*, ideò inutilem eſſe, quia ex alieno arbitrio hæredis inſtitutio pendere non debet: tunc ſic, hæc inſtitutio in incertam omninò perſonam confertur, quam animo ſuo iocertâ opinione ſubjicit teſtator, qui ignorat, utique quos Titius volet, & tamen non ex eo inutilis, quod in incertam perſonam ſit collocata, ſed quia alieno arbitrio permiſſa, inutilis & inefficax eſt. Nec effugiet difficultatem qui dixerit illam inſtitutionem duplici ratione invalidam eſſe, & quia in incertam perſonam confertur, & quia alieno pendet arbitrio; Conſultum verò ſolùm poſteriorem rationem expreſſiſſe; quia priorem ſupponebat, & ſolùm intendebat hæredum Inſtitutiones ex alieno arbitrio pendere non poſſe, nam abſurdum ſanè eſſet Conſultum, ut doceat inutilem eſſe inſtitutionem ex eo quod in arbitrium tertii conferatur, hypotheſim apponere, in qua ex alia ratione inutilis eſt. Exempli causâ, ineptus eſſet, qui ut doceret legatum rei propriæ legatarii inutile eſſe, caſum apponeret in legato rei propriæ deportato relicto, quod ex alia ratione, ſcilicet ex defectu teſtamenti factionis paſſivæ inutile eſt, itaque docendi rectus modus expoſtulat, ut ad oſtendendam inutilitatem inſtitutionis ex aliqua ratione, is caſus ponatur, in quo ex nullo alio capite ſit inutilis. Quapropter ne tam turpi notâ acutiſſimum Conſultum Gajum efficiamus; reſpondendum eſt non ita incertè & confusè conceptam fuiſſe inſtitutionem, ut in textu jacet, ſed teſtatorem inſtituiſſe perſonas incertas ex certis hoc modo: *quos Titius voluerit ex cognatis meis*, vel alio modo ſimili, in qua ſpecie ratione incertitudinis non eſt inutilis inſtitutio, quia, ut poſtea dicemus, incertæ perſonæ ex certis poſſunt hæredes inſtitui, ſed eſt inutilis ex eo quod in alienum arbitrium conferatur. Nec divinatoriam eſſe hanc ſolutionem aliquis dicat, nam præter quam quod ſupplenda ſunt interdum, quæ in *d. l.* ſcripta non ſunt, ut docet cum judicio Cujacius 3. *quæſt. Papin. in l.* 12. *de vulgar.* mirificè textui quadrat; nam Conſultus non appoſuit integram inſtitutionis formulam, ſed ſolùm eam partem, circa quam ſermonem inſtituebat, conſtat ex ipſo textu, ubi hæc extat formula, *quos Titius voluerit*, quæ non ſufficit ad inſtitutionem, cùm deficiat clauſula illa eſſentialis: *hæredes ſunto, l.* 1. *§.* 3. *de hered. inſt.* ergò quemadmodum debet ſupponi omiſiſſe Conſultum hanc eſſentialem inſtitutionis partem, pariter & ſupponi debet ſilentio involviſſe alteram formulæ partem, quâ teſtator incertas perſonas ex certis inſtituebat. Deinde poteſt obſtare textus in *l.* 42. *de hered. inſt.* ubi proponitur teſtatorem, qui ſolvendo non erat, duos habere ſervos, quorum unus quiſque Apollonius vocabatur, & ita eos hæredes inſtituit: *Servi mei Apolonii liberi, & hæredes ſunto:* quæſitum fuit in prædicta ſpecie, quis horum futurus eſſet hæres, & ſub fœdere diſtinctionis reſpondet Julianus, ut ante apertas tabulas eorum alter eſt mortuus, vel tempore aperturæ tabularum vivunt ambo. Primo caſu qui supereſt, ſolus erit neceſſarius. Secundo verò caſu, cùm ſltrri obſtet lex Ælia Sentia, impeditur libertas, & nullus eorum ad libertatem perveniet. Hæc eſt ſpecies, ex qua ſic inſurgi poteſt; lex enim Ælia Sentia permittit domino, qui ſolvendo non eſt, unum ſolum ſervum cum libertate, vel ſine illâ hæredem inſtituere, adeò ut ſi plures hæredes ſcripſerit; qui primo loco nominatus fuerit à teſtatore tanquam magis ab ipſo prædilectus ſolus ipſe libertatem & hæreditatem capiat *l.* 60. *eod. l.* 24. *qui & à quib.* ſed in prædicto textu non conſtat, quis primo, quis ſecundo loco hæres inſtitutus ſit, & tamen valida eſt inſtitutio: ergò

Digitized by Google

ergò incertitudo inſtitutionem non vitiat. Cui difficultati reſpondeo non adfuiſſe incertitudinem in prædicto textu circa perſonas inſtitutas, ſed tantùm aderat incertitudo circa graduationem, itaqoe meritò valere inſtitutionem dicitur, quin obſtet lex Ælia Sentia, quæ quidem non ſtatim libertates impedit, ſeu invalidat, ſed tantùm eo tempore, quo competituræ ſunt: evenire enim poteſt, ut eo tempore hæreditas aucta inveniatur, créditoreſque non fraudentur, elegans textus in *l.* 18. *qui & à quib.* quare enim nulla erit ratio, ut prædictæ libertates impediantur, itaque in *d. l.* 42. ſi poteſt diſcerni, quis primo, quis ſecundo loco inſtitutus hæres erit, certiſſimum erit primo loco ſcriptum, utpote à teſtatore magis prædilectum ad hæreditatem admittendum eſſe; ſi autem diſcerni non poſſit, & tempore aperturæ tabularum ambo vivant, cùm alter alteri obſtet, & unuſquiſque æqualem teſtatoris affectionem habeat, neuter ad hæreditatem admittitur, non quia inſtitutio ſit incerta, ſed propter diſpoſitionem legis Æliæ Sentiæ; argumento eſt, quod ſi eodem tempore creditores fraudati non inveniantur, omnes æqualiter hæredes & liberi erunt; ſin autem unus ſuperſit tantùm, cum ceſſet diſpoſitio legis Æliæ Sentiæ, ipſe libertatem capiet, & hæreditatem.

2 Hæc ratio, quæ incertæ perſonæ inſtitutionem vitiat, eadem & quidem fortius inſtitutionem poſthumi alieni invalidat, ſi quidem poſthumus alienus non abſolutè incerta perſona dicitur, ſed ſimilis incertæ perſonæ, non quia incerta non ſit, ſed quia minùs, quàm incerta eſt; quis enim incertior illo in rerum natura non exiſtenti, & de quo an futurus ſit dubitatur *l.* 1. §. *quare* §. *tundiu de ventre. in poſſeſſ. mitt.* ſimulque an maſculus naſcatur, an fœmina, au unus, an plures, incertum eſt *l.* 1. §. *fin. l.* 3. *ſi pars hæred. l.* 15. *de ſtatu lib. l.* 7. *in princ. de reb. dub.* Docet Faber 8. *conject. cap.* 1. Valentia *ad tit. de liber. & poſthum. cap.* 2. *num.* 4. & 5. Sed tamen cum plurimis prudentium reſponſis conſtet poſthumorum ſuorum inſtitutionem, vel exhæredationem jure fuiſſe permiſſam *l.* 4. 10. 14. & 27. *de lib. & poſthum.* alienos autem, ſive extraneos poſthumos, nec hæredes inſtitui, nec exhæredari conſtitutionibus Conſultorum comprobatur authoritatibus *l.* 6. *de teſtam. tutel. l. placet* 5. 6. & 22. *de lib. & poſth.* & eadem prohibitionis ratio in uno quoque poſthumo militet; cùm æquè in rerum natura uterque non ſit, nec perſonam illam habeat, ideóque ſimilis incertæ perſonæ ſit, videndum nunc eſt quâ de cauſa poſthumus ſuus ab hac prohibitione exceptus fuerit, & quid ſpeciale in eo inveniatur, ut à communi ratione eximeretur: quæ differentiæ ratio ut faciliùs percipiatur, ſciendum eſt tempore legis 12. *tabul.* potuiſſe paterfamilias poſthumum hæredem inſtituere, quia illius legis latiſſima fuit facultas, quæ tamen interpretatione fuit coanguſtata *l. verbis* 120. *de verb. ſign.* inter multa verò, quæ interpretatione prudentum immutata fuerunt, & hoc etiam fuit, ut alienus poſthumus inſtitui non poſſet, nec ei quid poſſit relinqui, docet Theophilus ad §. *ſervus etiam alienus* 2. *inſt. de hæred. inſt.* Eâ autem ratione movebantur prudentes, quod poſthumus incerta perſona erat, ut teſtatur idem Theophilus ad §. *poſthumo* 26. *inſt. de legat.* qui poſthumum alienum ſimilem incertæ perſonæ, dicit fortè ſimilem, quia poſthumus nec perſona dici poteſt, quia quod in rerum natura non eſt, nec hoc, nec aliud dici poteſt *l.* 9 §. 1. *ad Falcid.* ſed ſpes animantis *l.* 2. *de mort. infer.* & portio eſt viſcerum matris *l.* 1. §. 2. *de ventre. in poſſ. mitt.* ideóque Juſtinianus in §. *incertis* 25. *inſt. de legat.* inter incertas perſonas poſthumum numeravit; hæc autem inſtitutio poſthumi alieni, vel alterius perſonæ incertæ à prudentibus fuit improbata, non propter incapacitatem perſonæ, ſed ob vitium voluntatis teſtatoris, cùm incertum conſilium illius eſſet, qui perſonam incertam inſtituebat; itaque eo colore quaſi deficeret voluntas, nullam eſſe poſthumi alieni, vel alterius perſonæ incertæ inſtitutionem prudentes exiſtimarunt; quâ ratione nec miles incertæ perſonæ aliquid relinquere poterat; iidem tamen prudentes inſtitutionem poſthumi ſui eo non obſtante defectu, admiſerunt, quia ſuus ſi ſe nec inſtitutum, nec exhæredatum inveniret naſcendo rumperet *l.* 2. 3. & 12. *de injuſt. rupt.* Itaque non obſtante ratione incertitudinis receptum fuit, ut poſſet inſtitui *l.* 4. *cum ſeq. de lib. & poſt.* vel exhæredari *l.* 3. *in princ. eod.* id verò utilitatis & neceſſitatis causâ receptum fuit, & fortaſſis eâ ratione, quoniam prudentes in incertis perſonis teſtatoris judicium incertum damnabant, at verò poſthumus ſuus non tam ex judicio teſtatoris admitti videbatur, ſi eſſet inſtiturus, quàm legis poteſtate, cum dominus eſſet etiam vivente patre, ita ut potius dominium in ipſo continuari, quàm hæreditatem acquiri videbatur *l.* 11. *de lib. & poſthum.* nam etſi præteritus fuiſſet, legis poteſtate hæreditatem ſibi vindicabat, docent Cheſius 1. *interp. cap.* 10. Valentia *d. cap.* 2. *num.* 12. Nec huic diſtinctioni adverſatur Juſtinianus in §. *poſthumo* 26. *inſt. de legat.* ubi affirmat poſthumum alienum & olim, & hodie inſtitui poſſe, nam reſpondendum eſt illa Juſtiniani verba ita exaudienda eſſe, ut eâdem æquitate, quâ ex nova ipſius Conſtitutione poſthumus hæres inſtitui potuerit, & olim non quidem jure civili, ſed prætorio, à quo inſtitutio poſthumi adjuvatur, & effectum habet *l.* 6. *de inoff. l.* 3. *de jec. tabul.* docent Donellus 6 *cap.* 11. Faber 9. *conject. cap* 2. *in recit. ad l. Gallus de lib. & poſth.* Nec obſtabit, ſi dicas ne jure prætorio poſthumum alienum admitti poſſe ad hæreditatem per ſecundùm tabulas, quia tunc ceſſat ſecundùm tabulas, quando jus, vel S. C. vel conſtitutio capere hæreditatem prohibuerit *l.* 12. §. *fin. d. bon. poſſ.* atqui poſthumus alienus jure civili, ideſt interpretatione prudentium ad hæreditatem non admittitur; ergò nec poterit admitti à jure prætorio per ſecundum tabulas. Cui difficultati reſpondeo, quod quando Prætor ad hæreditatem poſthumum alienum per ſecundùm tabulas admittit, non illum admittit, qui jure aliquo prohibitus eſſet inſtitui, ſed minùs certum conſilium teſtatoris admittit, quamvis enim ignorat teſtator, quis eſſet naſciturus, certò tamen, & conſtanter voluit illum admitti, qui naſciturus eſſet, quicumque ille eſſet: ergò illam voluntatem,

quam

quam ex incertitudine veteres exiſtimabant, Prætor admittit, nullam verò admittit, quæ prohibita ſit ſuccedere; & hoc confirmatur exemplo militis, qui, ut anteà dixi, incertæ perſonæ nihil relinquere poteſt; ergò ex hoc confirmatur incertas perſonas non fuiſſe tanquam incapaces institui prohibitas, alioquin miles eas potuiſſet inſtituere, qui quidem nudâ voluntate teſtatur, in ſuoque teſtamento nec ſolemnitatem juris, nec ipſum jus civile attendit; itaque videmus poſſe militem deportatum hæredem inſtituere, vel ei quovis titulo relinquere *l.* 12. §. 2. *de mil. teſt. l.* 7. §. 1. *de legat.* 3. ergò manifeſtè apparet in perſona incerta non conſiderari vitium, aut incapacitatem, ſed defectum voluntatis teſtatoris, itaque eo in ſuperhabito Prætor poſthumum alienum ad hæreditatem per bonorum poſſeſſionem admittit.

3 Nec obſtant aliqua Conſulti reſponſa, in quibus de inſtitutione, vel ſubſtitutione poſthumorum, vel de legato illis relicto fit mentio in *l.* 16. *de teſtam. l. heres ſ[...] acq. hered. l.* 16. §. *ſi Titio* 2. *l.* 17. §. 1. *inſtigat.* 1. *l.* 1. *ſed ſi ad Falcid, l.* 85. *de hered. inſt. l. ſubſtitui* 17. *de vulgar.* accipienda enim ſunt de poſthumis ſuis, cum Juriſconſulti verba non refragentur, & juris ratio ita fieri flagitet. Carrera *d. cap.* 2. §. 1. *illat.* 13. *num.* 82. *cum ſeqq.* dici poſſe tentat alieros poſthumos potuiſſe ſubſtitui, vel quod idem eſt, inſtitui ſub conditione, cum conditio diſpoſitionem ſuſpendat *l. hac* 10. *de condit. & demonſtr.* nam hæc conjectura difficilis redditur ex illa Juriſprudentiâ, quæ ſuadet tam in puris, quàm in conditionalibus inſtitutionibus neceſſariam eſſe tempore teſtamenti teſtamenti factionem *l.* 6. §. *ſolemus* 2. *verſ. ſervus l.* 49. §. 1 *de hered. inſt.* Nec tunc obſtat textus in *l.* 25. §. *Lucius* 2. *de lib. & poſthum.* nam reſpondet Cujacius 12. *reſponſ. Pauli*; quod tempore conditi teſtamenti jam pronepos erat natus, & in rerum natura, capaxque inſtitutionis, licèt opinione teſtatoris tanquam nondum natus inſtitueretur, quæ opinio non obſtat veritati, nec inſtitutionis validitatem impedit, cum voluntas diſponentis cum veritate conveniat, licèt opinione differat. Denique non obſtat textus in *l.* 5. *in fin. l.* 6. *de reb. dub.* nam legatum, & inſtitutio in eo textu ad poſthumum ſuum, fideicommiſſum ad alienum referendum eſt; poſtquam enim obtinuit alienos poſthumos legitimos hæredes fuiſſe, etiam obtinuit & ab illis, & illis fideicommiſſum relinqui poſſe, textos ſic intelligendus in *l. fratris pen. de legat.* 1. præcipuè cum Prætor de fideicommiſſis cognoſcebat, *l.* 52. *de legat.* 3. *l.* 109. §. *fin. de legat.* 1. qui quidem ſicuti admiſit poſthumum ad hæreditatem, ita potiùs eum ad fideicommiſſum admitteret.

4 Quæ hocuſque dicta ſunt de inutilitate inſtitutionis perſonæ incertæ, ſunt intelligenda, quando abſolutè de perſona inſtituta non conſtat; nam ſi perſona incerta ſcripta hæres apud nos fuerit, certa tamen penes animum, & conceptum teſtatoris, valida eſt inſtitutio, ſicuti jam dictum eſt validum eſſe legatum, & fideicommiſſum, textus ſic intelligendus in *l.* 62. §. 1. *l. à ſe* 77. *de hered. inſt. l.* 1. *de cond. inſt. l. hares* 22. §. 1. *qui teſtam. fac. l.* 24. *ſi ità* 38. *de C. & D. l.* 4. §. 1. *ſi pluſquàm per leg. Falcid.* in quibus omnibus locis ſubſiſtit diſpoſitio hæredis, licèt perſona nominatim nec fuerit ſcripta à teſtatore, dum tamen vel per demonſtrationem, quæ vice nominis fungitur *l.* 5. §. *pen. de conſt. pec.* vel per relationem ad aliquam ſcripturam, vel ad aliquod certum certa fiat, quia tunc ſubſiſtit diſpoſitio; elegans textus in *l.* 7. §. *fin. de contrah. empt. l.* 6. *de reb. dub.* huc enim poteſt referri quod ad aliud dicitur, *quæ per rerum naturam certa ſunt, non morantur obligationem, licèt apud nos incerta ſint* §. *pen. inſt. de V. O.* & licèt aliàs differentia ſit, an res aliqua proprio nomine, an per demonſtrationem, vel appellativo deſignetur *l. nonnumquam* 24. *ad Trebell. l.* 54. §. *fin. de legat.* 1. *l.* 17. *de duob. reis l.* 37. *de ſtipul. ſervor.* hæc tamen à noſtro tractatu aberrant; namque in prædictis juribus fit mentio de gravamine impoſito hæredibus. Diſtinguunt Conſulti, an teſtator nomina propria expreſſerit, quia tunc partes viriles ſervandæ ſunt, nam ut unitos eos recenſet, ità & unitos eos honorat; an verò qualitatem, quia tunc proportionibus hæreditariis reſtitutio facienda eſt, idemque ſervandum in ſtipulatione ſervi, nam ſi perſonam expreſſerit, partes æquales fiunt; ſi verò dixerit *dominis meis* proportione dominicâ ſtipulatio acquiritur *d. l.* 37. Adversùs hucuſque dicta poteſt opponi celebre Ulpiani reſponſum in *l.* 1. §. *qui nec legaturus* 3. *de hered. inſt.* ubi ait Conſultus tribus his verbis teſtamentum confici poſſe. *Lucius hares eſto* & tamen ex hujuſmodi inſtitutione magna oritur incertitudo in perſona inſtituta, cum in tanto hominum numero plurimi inveniri poſſunt, qui eodem nomine appellari, & demonſtrari valeant: Ergo incertitudo in perſona inſtituta inſtitutionem vitiare nequit. Cuj. difficultati reſpondeo verum eſſe ad inſtitutionem extranei non ſufficere nominis expreſſionem, niſi dignitates, vel alia indicia adjungantur, ex quibus poſſit ambiguitas tolli *l. hac* 21. *verſ. deinde C. de teſtam.* vel nomen ſit adeò ſingulare, ut ſufficiat ad hæredem ſatis demonſtrandum, docet Bartholomæus Accurſius, & antiquiores in *l.* 5. *de lib. & poſth.* Sarmiento 4. *Select. in d. l.* 1. *&* 2. & hoc non negat Conſultus in §. *qui nec legaturus* 3. ubi cum aſſerat hujuſmodi inſtitutionem valere, ſupponendum eſt conſtare de perſona inſtituta, vel de ejus nomine ex aliquibus indiciis vel demonſtrationibus. Nec obſtat, quod Lucii nomen, quo utitur Conſultus vulgare & generale ſit, illud enim exempli causâ poſitum eſt, cùm Ulpianus non de certitudine inſtitutionis tractet, ſed tantùm illud ageret, ut oſtenderet tribus verbis teſtamentum confici poſſe, ita Valentia ad *tit. de lib. & poſth. cap.* 5. *num.* 2. Hæc omnia, quæ dicta ſunt de certitudine perſonæ inſtitutæ, etiam locum habent in exhæredatione, quæ ut defectum non habeat, neceſſarium eſt, ut nominatim concepta ſit, conſtetque de quo exheredando teſtator ſenſerit *l.* 12. *&* 3. *l.* 30. *de lib. & poſth. prin. inſt. de exhered. lib.* ſed tamen non eſt neceſſarium, ut teſtator nomen adjecerit, ſufficit enim, ut indubitabili ſigno perſonam demonſtraverit, quod tam ad inſtitutionem, quàm ad exhæredationem ſufficit *l.* 2. 3. *&* 17. *de lib. & poſt.* docet Duarenus *ad eum tit. cap.* 3. Donellus 6. *cap.* 22.

unde

unde deſcendit, quod ſi quis unicum filium habens ita ſcripſerit: *filius meus exhæres eſto*, cùm ſatis demonſtratus videatur, nec dubitari poſſit, de quo teſtator ſenſerit *l. Titius* 25. *de lib. & poſth.* valida ſit exhæredatio *l.* 2. *in princ. eod.* quia quando generale nomen non poteſt niſi in una ſpecie verificari, perinde eſt, ac ſi illa nominata fuiſſet, *l. fundus* 24. *de fund. inſt.* at verò ſi is, qui plures filios habet ita ſcripſerit: *filius meus exhæres eſto*, benignâ interpretatione placuit nullum exhæredatum eſſe *d. l.* 2. nam ſicuti in favorabilibus indefinita oratio æquipollet univerſali, quia non minùs uni, quàm alteri filio convenit, argumento *l.* 5. *de fideicom.* & qualitas filii, quæ diſpoſitionem continet, in omnibus reperitur, & conſequenter omnibus datur *l.* 16. §. *filio de teſtam. tutel. l. qui* 17. §. 1. *de legat.* 1. *l.* 44. *de legat.* 2. *l.* 5. §. *ult. cum l. ſeq. de reb. dub. l.* 116. *de verb. ſign* ita ex contrario benigna interpretatio neceſſaria fuit ut filio exhæredato, cùm eſſent plures filii, non cenſerentur omnes exhæredati, quia qualitas illa filii, ſub quâ exhæredatio facta eſt, omnibus conveniebat, & in omnibus æqualiter inveniebatur, & ideò omnes nominatim exhæredatos dicendum erat, niſi benignâ interpretatione receptum fuiſſet, ut nullus eſſet exhæredatus, cùm exhæredatio odioſa ſit potiùs, quàm amplianda, reſtringenda *l.* 19. *de lib. & poſth.* quod adeò verum eſt, ut ſi hæres probare velit, de quo filio teſtator ſenſerit, non admittatur probatio; nam pro ſubſtantia exhæredationis requiritur, ut nominatim fiat, ideſt, ut ex ipſo teſtamento de perſona illius, qui exhæredetur, conſtet, quod ſecus eſt in aliis actionibus favorabilibus & inſtitutione, quæ dummodò teſtamento fiat, poteſt aliunde perſonæ incertitudo probari, *l. duo ſunt* 30. *de teſtam. tutel. l.* 62. §. *quoties de hered. inſt. l. ſi quis de plurib.* 17. *de reb. dub.* docet Valentia *d. cap.* 1. *num.* 21.

CAPUT QUINTUM.

De libertate incertis perſonis relictâ.

1 NOn ſolùm in hæreditatibus, legatis & fideicommiſſis, ſed etiam in libertatibus veterum ſcrupuloſitas locum habet, nec libertas incertæ perſonæ relinqui poterat, *quia placebat nominatim ſervos liberari*, ut aſſerit Juſtinianus in §. *incertis* 25. *inſt. de legat.* Cujus ſententiam generaliter accepit Olanus 2. *Paralip. cap.* 10. *per tot.* ut non ſolùm incertis omninò ſervis penes animum teſtatoris, ſed nec incertis ex certis libertas olim relinqui poterat, eo nixus fundamento, quod lege Fuſiâ Caniniâ cautum fuerat, ut libertates ſervis nominatim darentur, ut tradit Ulpianus in *fragm. tit.* 2. §. *ult.* Paulus 4. *ſentent. tit.* 4. Cujacius 15. *obſervat. cap.* 4. unde *nominare pro manumittere* apud Scævolam in *l. Lucius* 88. §. 6. *de legat.* 2. *l.* 38. §. 2. *de legat.* 3. & eâ ratione accuratè diſputant Conſulti, quia libertas nominatim data ſit *l.* 24. 37. 59. *de manum. teſtam.* ergò nec incertis ex certis potuit olim libertas relinqui. Verùm dicendum eſt incertis ex certis potuiſſe adhuc antiquo jure relinqui libertatem, nam cùm legata & fideicommiſſa incertis ex certis olim relinqui potuiſſent, urgentiori ſanè ratione idem dicendum eſt de libertate, quæ omnibus & fideicommiſſis pecuniariis favorabilior eſt *l. Paulus* 39. *de fideicom. libert.* Comprobatur ex dictis juribus in *l.* 20. *l. in teſtam.* 51. *de manum. teſt. & l.* 21. §. 1. *de fideicom. liber.* in quibus ſupponitur utiliter relinqui libertatem eis ſervis, *qui meruerint*: nec rectè reſpondet Olanus *ubi nuper num.* 20. *cum* 3. *ſeqq.* Conſultos in expenſis juribus non de directa, ſed de fideicommiſſaria libertate diſputare, quam incertis perſonis ex certis ad directæ differentiam relinqui potuiſſe autumat. Nam hanc ſolutionem expreſſè convincit Papinianus in *d. l.* 51. *de manum. teſtam.* ubi proponit teſtatorem ita ſcripſiſſe: *Servi qui ſine offenſa fuerint liberi ſunto*, & reſpondet conditionem libertati adſcriptam videri, quæ ſic interpretanda eſt, ut de his in libertate danda cogitaſſe non videatur, quos pœna coercuit: ergò manifeſtè ſentit teſtatorem incertis perſonis ex certis utiliter libertatem directam reliquiſſe, & libertatem ſic relictam quaſi conditionalem eſſe, ſicut & inſtitutionem incertæ perſonæ ex certis quaſi conditionalem eſſe reſpondet Ulpianus in *l.* 9. §. *plane* 11. *de hered. inſt.* Nec aliud probant contrariæ ſententiæ fundamenta; nam reſpondeo, quod libertas data incertæ perſonæ ex certis relinquitur ſub certâ conditione, ac per conſequens nominatim, nam demonſtratio vice nominis fungitur, & tantam vim præſtat, *l.* 6. *in fin. de rei vind. l.* 6. *de reb. cred.* Rursùs ſicut diſputant Conſulti, quando libertas nominatim data ſit, ſic diſputant, quando legatum nominatim relictum intelligatur *l.* 90. *de legat.* 3. *l.* 34. *de condit. & demonſtr.* & tamen conſtat legatum utiliter relinqui poſſe incertis perſonis ex certis ſub certa demonſtratione; ergò pariter ex eo quod libertas nominatim ſit relinquenda, non infertur, quod non poſſit relinqui incertis ſub certa demonſtratione. Et tandem quemadmodum *nominare pro manumittere*, aliquando legimus apud Conſultos, ſic & nominare pro legare legimus apud Ulpianum in *l. ſi* 8. *de uſufr. accreſc.* ſed tunc ſubtiliter replicabis: quid ergò induxit lex Fuſia Caninia, cùm libertates nominatim relinqui debere juſſit? Reſpondeo cum Oroz 1. *de apicib. cap.* 7. *num.* 13. legem Fuſiam id conſtituiſſe, ut libertates ſervis nominatim darentur, ne ſcilicet omnibus ſervis generaliter libertas relinqueretur; nam cum certum numerum ſervorum teſtamento manumittendum permiſiſſet §. *un. inſt. de leg. Fuſia Caninia*, in neceſſariam conſequentiam conſtituit, ut omnibus ſervis, quibus generaliter ſit relicta libertas ad differentiam legati, quod generaliter cognatis omnibus aut libertis rectè relinquitur *l. cum pater* 77. §. 27. *de legat.* 2. *l.* 19. *de reb. dub.*

Hæc omnia ut pleniùs intelligantur, ſcire 2
oportet verbum *nominatim*, diverſimodè accipi ſolere juxta ſubjectam materiam. Legatum nominatim relinqui dicitur, cum conſtat de perſona legatarii per propriam nominis expreſſionem, aut per demonſtrationem, licèt pluribus ſub nomine collectivo ſit datum. In libertatibus alio ſenſu accipitur verbum *nominatim*, quæ ita debent relinqui, ut teſtator non ex-

cedat uumerum lege Fuſia Caninia conſtitutum, ut appareat quis primo, quiſve ſecundo loco liber eſſe juſſus ſit, ne aliàs ſervi invicem ſibi obſtent, & ex his nemo ad libertatem perveniat, ut docet Gaius *d. lib.* 1. *inſt. tit.* 2. §. 2. & probat ab argumento textus in *l.* 41. *l.* 60. & 83. §. 1. *de hæred. inſt. l.* 24. *qui & à quib.* ſi verò teſtator intra numerum à lege præſixum libertates reliquerit, ſub qualibet demonſtratione utiliter eas relinquet, etſi non appareat, quis priori, quis poſteriori loco ſcriptus ſit: veluti ſi is, qui quingentos ſervos habebat, ita dixerit: *centum ſervi, qui in Capitolium aſcenderint liberi ſunto*, quomodo intelligendi ſunt textus in *l.* 20. *etſi in princ. de manum. teſtam.* & expreſsè probatur ex *d. l.* 22. §. 1. *de fideicom. libert.* ex quibus infertur, quod omnibus ſervis generaliter relicta libertas inutilis eſt, cùm nec omnibus poſſit competere, nec aliquibus, quia nullus datur ordo ſcripturæ, ex quo poſſit dignoſci, quis priori, quis poſteriori loco ſcriptus ſit, niſi forſan teſtator duos tantùm ſervos in patrimonio haberet, ut in eleganti ſpecie, quam diſputat Julianus in *l.* 5. §. *fin. qui & à quib.* in quibus terminis intelligendi ſunt aliàs difficiles textus in *l. Pap.* 8. §. 4. *de inoff. teſtam. l.* 3. §. 3. *de legat.* 1. *et l.* 44. *de manum. teſtam.*) docent Oſſualdus 19. *cap.* 4. *lit. H.* & *D.* Retes in *animadv. ad tit. de inoff. teſtam. cap.* 17. *num.* 3. Confirmatur hæc doctrina ſequenti, & quidem eleganti fundamento. Exhæredatio filii primi gradus in poteſtate exiſtentis nominatim fieri debet *l.* 1. *cum* 2. *ſeqq. l.* 30. *de lib. & poſth.* & tamen ſi teſtator ita ſcripſerit: *omnes filii, filiæque mea exhæredes ſunto;* utilis eſt exhæredatio *l.* 25. *de lib. & poſth.* docet Cujacius *in l.* 2. *eod.* quia liberum eſt teſtatori omnes liberos exhæredare: ex contrario ſi teſtator incertum filium ex certis ſub certa demonſtratione exhæredaverit hoc forſan modo: qui ex filiis meis in Capitolium aſcenderit exhæres eſto, inutilis eſt exhæredatio, ut exiſtimo, quia omnis diſpoſitio collata in incertam perſonam ex certis conditionalis eſt ob demonſtrationem futuri temporis, quæ conditionem facit *princ. text. in l.* 6. *de legat.* 1. Exhæredatio verò ſub conditione fieri non poteſt *l.* 3. §. *purè de lib. & poſth. l.* 18. *de contra tab.* docet Donellus 6. *cap.* 1. Valentia 3. *tract.* 3. *cap.* 5. *num.* 7. ergo ex contrario libertas, quæ ſub conditione relinqui poteſt incertæ perſonæ ex certis ſub certa demonſtratione intra numerum lege conſtitutum utiliter relinquitur, ſervis omnibus generaliter relicta inutilis eſt ex lege Fuſia, quæ eâ ratione juſſit, ut nominatim ſervis libertates darentur, ut ait Gaius *d. lib.* 1. *tit.* 2. §. 2.

3 Deinde ſciendum eſt libertatem relictam incertæ perſonæ penes noſtrum conceptum & certæ penes animum teſtatoris inutilem eſſe, non ex juris defectu, ſed probationis, ut probat textus in *l.* 10. *in fin. princ. l. ſi quis* 27. *de reb. dub. l.* 31. *de manum. teſtam.* in quibus ſi libertas Pamphilo data ſit, & plures ſint ejuſdem nominis ſervi, qui probaverit de ſe teſtatorem ſenſiſſe, liber erit, aliàs deficiente probatione nullus libertatem conſequetur, docet Mantica 6. *de conject. ult. volunt. cap.* 3. *num.* 38. contra quam doctrinam acriter expendi poſſunt textus in *l. generaliter* 24. & 17. *de fideicom. liber.* ubi legatarius rogatus fuit à teſtatore plures ſervos manumittere, cumque emolumentum legati ad legatarium omnium ſervorum non ſufficeret, ait Ulpianus eos tantùm ſervos manumittere teneri, ad quorum pretium ſufficit, quod ei à teſtatore relictum eſt: mox dubitat quibus ſervis præſtanda ſit libertas; & reſpondet *ſequendum ordinem ſcripturæ*: quærit denique, quid dicendum ſit, ſi ſcripturæ ordo non appareat, & ait tunc vel eos ſortiri oportere, ideſt ſorte rem dirimendam eſſe, ne aliquam ambitionis, vel gratiæ ſuſpicionem Prætor ſubeat, vel meritis cujuſque ſervi allegatis, arbitrari legatarium oportere: tunc ſic, en ubi incertæ omninò perſonæ data libertas non eſt omninò inutilis ex defectu probationis, ſed vel ſorte, vel meritorum æſtimatione ad effectum perducitur: ergò libertas relicta incertæ perſonæ penes noſtram opinionem non redditur inutilis ex defectu probationis. Cui difficultati reſponderi poſſe exiſtimo, ideò in præfata ſpecie libertatis dationem non reddi inutilem, ſed ſorte, vel meritorum æſtimatione rem dirimi, quia teſtator de omnibus ſervis ſuis ſenſit, & quicumque nominatim manumittuntur ex voluntate defuncti ad libertatem perveniunt; ſolùm incertitudo in eo vertebatur, quod legati emolumentum ad omnium præſtationem non ſufficiebat; quâ tamen ratione iniquum eſſet omnes ſervos libertate fraudari, quapropter meliori quo poteſt modo, voluntas teſtatoris ſervatur, at quoties Sticho relicta eſt libertas, & plures ſunt ejuſdem nominis, deficiente probatione nullus liber fit, nec hujuſmodi incertitudo ſorte, vel meritorum æſtimatione poteſt dirimi, ne fortè ſervus, de quo non ſenſit defunctus, contra ejus voluntatem libertatem conſequatur. Sed inſtabis: ergo pariter quoties pluribus ſervis ultra numerum à lege Fuſia conſtitutum relicta ſit libertas, licèt nullus appareat ſcripturæ ordo, incertitudo vel ſorte, vel meritis dirimenda erit, cùm omnes ſervi habeant ſupremam voluntatem teſtatoris. Sed reſpondeo multùm inter utrumque caſum intereſſe; nam quoties teſtator pluribus ſervis ſub nomine collectivo libertatem relinquit excedens numerum à lege Fuſia conſtitutum, ipſo jure inutilis eſt ab initio libertatis datio, utpote relicta contra legem, quæ nominatim ſervos manumitti in teſtamento jubet, quapropter nec ſorte, nec ſervorum meritis incertitudini occurri poteſt; at verò quoties legatarius plures ſervos manumittere rogaret, nulla lex impedit libertatem fideicommiſſariam præſtari, & ex eo quod legati emolumentum ad omnium ſervorum præſtationem non ſufficiat, infertur quidem legatarium non teneri omnes ſervos manumittere, cùm non poſſit legatarius in plus onerari, ſeu gravari, quàm ex judicio teſtatoris percipit *l.* 9. *C. de fideicom.* §. 1. *inſt. de ſing. reb. per fideicom. relict.* niſi forſan res proprias reſtituere, vel proprios ſervos manumittere rogatus ſit, *l.* 70. §. 1. *de legat.* 1. *l.* 36. *in princ. de falſ.* non verò evincitur eos ſervos manumittere non teneri, ad quorum pretium ſufficit, quod ei teſtamento relictum eſt, & eâ ratione occurritur incertitudini, ita ut

forte

Digitized by Google

ſorte, vel meritorum allegatione aliqui ſervi ad libertatem perveniant.

4 Supra dictæ rationes, quæ improbant libertatem incertæ perſonæ relictam, cauſam dederunt, ut inter veteres dubitaretur, an ei, qui in utero ancillæ adhuc vehitur; libertas relinqui poſſit? de quo dubio fit mentio in *l. 14. C. de fideicom. liber.* quidam igitur exiſtimabant libertatem relictam neutri, ſeu ei, qui in utero portabatur, inutilem eſſe; nam cùm prædicta lex Fuſia modum impoſuiſſet libertatibus, quæ in teſtamento relinquebantur, eadem caverat, ut nominatim libertas ſervis relinqueretur *d. l. 38. §. filia de legat.* 3. Verùm quodam Senatus Conſulti Orphiciani capite fuit comprehenſum, ut libertas ſervis relicta eſſet, docet Paulus 4. *ſent. tit.* 14. Itaque ante Conſultùm Orphicianum ratio illorum erat, quia placebat nominatim ſervos liberari; poſt illud verò, quia libertas incertæ perſonæ dari non poterat, quod nòn ſatis diſtinxit Tribonianus in *§. incertis verſ. libertas inſt. de legat.* atqui incerta eſt perſona illius, qui in utero portabatur; nam non ſolùm quis, quæve naſci debeat, ſed an unus, duo, vel plures, an omninò nullus naſcatur, dubium eſt, itaque nec incerta perſona poterit hæres inſtitui, nec tutor incertus dari *l. 20. de teſtam. tutel.* nec incetis perſonis legari: quamvis autem placuiſſet ex S. C. Orphiciano libertatem eis competere, qui non nominatim, ſed ſub certa demonſtratione eſſent teſtamento manumiſſi, dicebant incertam eſſe demonſtrationem illius; qui nondum in rebus humanis erat; certam autem demonſtrationem ait Juſtinianus in *§. incertis 25. de legat.* eſſe, veluti *ex cognatis meis qui nunc ſunt;* quaſi incerta ſit demonſtratio eorum, qui nondum ſunt, quod aſſerebant locum habere in præſenti caſu, cùm filius in utero exiſtens non ſit animal, ſed pars viſcerum matris, donec editus eſſet; idemque ſecundùm Stoicorum ſententiam, quam refert Pomponius in *l. 9. §. ad Falcid.* Ulpianus in *l. 1. §. 1. de vent. in poſſ. mitt. ibi: partus enim antequam edatur, &c.* Marcellus, qui Proculeianus fuit: *ſpem animantis* dixit in *l. 2. de mort. infer.* & Juſtinianus in *l. 14. ibi: qui adhuc in utero portaretur, & homo fieri ſperaretur*, quaſi nondum eſſet *homo*, vel *animal*. Alii verò dicebant ventri, ideſt qui in utero portaretur libertatem utiliter per fideicommiſſum relinqui poſſe, & directam ad fideicommiſſariam trahi debere, ut in *l. generaliter 24. & 10. de fideicom. liber.* Ratio iſtorum fuit, quia fœtum in utero animal eſſe putarunt ſecundùm Platonis ſententiam, cùm enim placuiſſet ex S. C. Orphiciano ſub certa demonſtratione libertatem relinqui poſſe, dicebant certam eſſe demonſtrationem illius, qui adhuc in utero eſſet, vel qui ex ancilla naſceretur ex Paulo *d. lib. 4. ſent. tit.* 14. ubi veſtigium hujus ſententiæ invenitur; conceptus enim quodammodo in rerum natura eſſe exiſtimatur *l. pen. de legat.* 1. *l. 7. de ſuis & legitim.* prò jam noto habetur, cùm de commodo illius quæritur *l. 7. de ſtatu hom. l. 2. §. de excuſ. tut.* atqui non eſt majus commodum, quàm libertatis, res enim inæſtimabilis eſt. Juſtinianus autem poſtremam hanc ſententiam amplexus fuit, ut ſcilicet nòn modò libertas fideicommiſſaria, ſed etiam directa ei, qui in utero eſt, relinqui poſſit, quia jam etiam placuerat alienum poſthumum hæredem poſſe inſtitui jure Prætorio §. 1. *inſt. de bon. poſſ.* & ab eo fideicommiſſa relinqui poſſe *d. l. pen. de legat.* 1. placuerat etiam Juſtiniano incertam perſonam inſtitui poſſe *d. l. pen. de legat.* 1. placuerat etiam Juſtiniano incertis quoque perſonis legari poſſe *d. §. incertis 25. inſt. de legat.* Voluit itaque Juſtinianus eum, cui in utero libertas relicta fuit, tùnc libertatem reſpicere: multùm igitur hodie intereſt, an ei, qui in utero eſt, libertas directè, vel per fideicommiſſum relinquatur, ſi directè, naſcitur ingenuus, ſi verò per fideicommiſſum; ſtatim natus manumitti poterit *l. pen. de manum.* Erit itaque libertus hæredis; vel illius, qui manumiſit; at licèt directè, vel per fideicommiſſum relicta ſit libertas venturi, latinam tantùm libertatem habebat, non romanam ante conſtitutionem Juſtiniani; nam minores triginta annis manumiſſi latini fiebant; Ulpianus in *fragm. tit* 4. *§. liberi l. 2. C. commun. de manum.* Unde tam frequens fuit illa conditio in legatis libertatis, cùm ſervus meus, vel ſi ſervus trigeſimum annum compleverit, de qua in *l. 39. §. ſervoſam. erciſc. l. 46. de manum. teſtam. l. ult. de reb. dub. l. 3. §. ult. de ſtatu liber.* Denique cùm teſtator ei, qui in utero erat, libertatem reliquiſſet per fideicommiſſum, & plures editi fuiſſent, ut quandoque evenit *l. 3. ſi pars hered. l. 7. de reb. dub. l. 36. de ſolut.* major in ea ſpecie dubitatio fuit: quidam dicebant omnibus competere libertatem, argumento *l. 17. §. 1. de legat.* 1. *l. 158. de verb. ſign.* alii nulli competere, quia uni tantùm relicta erat, & pluribus natis, incertum erat, cui deberetur, argumentò *l. duo 30. de teſtam. tutel.* Juſtinianus autem in *d. l. 14. verſ. ſin autem*, voluit omnes liberos eſſe, quaſi ea teſtatoris fuerit voluntas, ut quotquot naſcerentur liberi eſſent, nec admitti voluntatis quæſtionem, ut Ulpianus in *d. l. 17. §. 1.* quia favore libertatis incerta voluntas teſtatoris in humaniorem ſententiam trahi debet *l. 10. §. ult. de reb. dub. l. 10. de manum. teſtam. l. 20. de reg. jur. l.* 179.

CAPUT SEXTUM.

De tutore incerto.

EX rationibus huc uſque allatis fluit incer 1
tum tutorem dari non poſſe, expreſſus textus in *l. tutor 20. de teſtam. tutel.* nam ut ſæpius repetitum eſt, judicium teſtatoris certum debet eſſe, quomodo autem poteſt videri certum judicium patris, ac prudens in re tanti momenti, in qua homini privato vis, & poteſtas in caput liberum civis Romani datur, ſi tutorem incertum pater dederit, docet Faber in *Papin. tit. 12. princ.* 2. *illat.* 43. Denique qui tutor à teſtatore electus eſt, ſummo honore affectus videri debet, utpote quia eſt ſubſtitutus, & Vicarius in jus illud magnum patriæ poteſtatis, quod vivus pater habuit, atque ita in caput liberum civis Romani

vim, & poteſtatem nactus eſt, unde nihilominus, & honorificentius in Civitate Romana dici poteſt, unde & tutores honorarii paſſim appellaotur, indeque eſt, quod ſi tutor pariter legato honoratus ſit, & tutelam ſibi mandatam excuſationis jure ſuſcipere noluerit, à legatis omnibus quæ ei relicta fuerunt, ſubmovendus eſt, ne ſeilicet minorem honorem retineat, qui majorem ſibi delatum aſpernatus eſt, argumento *l. 5. de ſerv. export. l. 4. de Senator.* quin etiam etſi legata ejus filiis relicta ſint, ab his quoque ſubmoveri debent, ſi modò ea legata filii non affectione propria, ſed in honorem patris meruerunt, ut Papinianus docet in *l. 28 de teſtam tutel.* quæ omnes rationes denotant affectionem magnam, & benevolentiam teſtatoris erga tutorem eſſe, ſi quidem ipſi Vicarium, & ſubſtitutum patriæ poteſtatis reliquit; cùm ergo ſatis probatum ſit affectionem erga incertam perſonam conſiderari non poſſe, meritò dicitur dationem incerti tutoris ſubſiſtere non poſſe *d. l. 20. de teſtam. tutel.* ſed nec ſufficit certum fuiſſe judicium teſtatoris, ſi quale illud fuerit, omninò incertum ſit, veluti ſi duo ſunt Titii, pater, & filius, teſtatorque Titium tutorem dederit, quamvis teſtator ipſe non ignoraverit, de quo ſenſerit, ſi tamen non appareat, neuter tutor erit, non quia jus deficiat, quomodo deficeret, ſi incertum tutorem dederit, puta eum, qui primus in Capitolium aſcenderet, ſed quia deficit probatio, nec certò ſciri poteſt, quæ ſit perſona illa, de qua teſtator ſenſerit *d. l. 30. de teſt. tutel.* quod etiam contingit in inſtitutione, & in legato, ut jam dictum eſt. Ad hanc partem de tutore incerto ſpectat difficile, & obſcurum juris Africani reſponſum in *l. tutor ita 25. de teſt. tutel.* ait ergo Africanus, quod ſi teſtator ita dixerit; *illi, aut illi filiis meis utri eorum volet, Titius tutor eſto*, inutilem eſſe dationem ex additâ ratione, quia ſi Titius conſtituere nolit, utri ex filiis tutor eſſe velit, futurum ſit, ut non poſſit dici, cui tutor datus fuerit; progreditur Africanus, & ait ita poſſe patrem teſtamento tutorem dare, *illi filio tutor, ſi velit Titius, eſto*, quia hoc caſu etiamſi Titius voluntatem ſuam non declaret, ideoque nec tutor ſit, quatenus ſub ea conditione datus, certum tamen eſt, & cui, & quem pater tutorem dederit. Hæc eſt Africani ſpecies, quæ ut facilius percipiatur, inveſtigandum eſt, an diſpoſitiones teſtamentariæ alternativè relictæ effectum habeant, vel non; veluti ſi teſtator dixerit, *illi, aut illi do, lego, aut illum, aut illum hæredem inſtituo, illum, aut illum tutorem do, illum, aut illum liberum eſſe volo*, de quibus fit mentio in *l. cum quidam pen. C. de verb. ſign.*

2 Ergo ſi teſtator dixerit; *Titius, aut Gaius hæres eſto*, quidam putabant inutilem eſſe hujuſmodi hæredis inſtitutionem: ratio illorum fuit, quia judicium teſtatoris certum eſſe debet, quod autem eſt ſub disjunctione incertum eſt, docet Ulpianus in *l. 7. §. 4. de injuriis ibi: certum eum dicere labeo ait, qui dicat nomen injuriæ, nec ſub alternatione illud, aut illud.* Deinde qui illud, aut illud ſtipulatur incertum in ſtipulationem deducit *l. 75. §. qui illud de verb. oblig.* itaque ſi ſervus communis illi, aut illi domino ſtipulatus eſſet, putà Titio, aut Caio, inutilem eſſe ſtipulationem ait Conſultus in *l. 10. & 21. l. 9. §. 1. de ſtipular. ſerver.* Ex quibus omnibus locis non malè deprehendi poteſt Sabianos ſenſiſſe inutilem eſſe hujuſmodi inſtitutionem hæredis. Alii verò contra putabant valere hanc inſtitutionem hæredis, & disjunctivè accipiebant verba illa, *Titius, aut Gaius hæres eſto*; ut unus tantùm admitteretur, nam in disjunctiva ratione poſito altero, alterum tollitur Proculus *2. epiſtol. in l. hæc verba 124. de verb. ſign.* ex qua veſtigium hujus ſententiæ deſignari poteſt; inter iſtos autem, qui verba illa teſtatoris ita accipiebant, adhuc quatuor diverſæ fuerunt ſententiæ, quas ex verbis ipſius Juſtiniani poſſumus colligere. Alii putabant occupantis meliorem eſſe conditionem, ut puta qui primus adiiſſet hæreditatem, tutelam, legatum, aut fideicommiſſum occupaſſet, nam inter eos, quibus ex eadem cauſa debetur, occupantis melior eſt conditio *l. 11. §. plerumque de legat. 3. l. 9. de verb. oblig.* itaque ſi convenerit arbitratu Titii, aut Gaii fieri, poſſunt litigatores quam velint occupare *l. 17. §. 1. de recept. arbitr.* Alii dicebant ordinem quendam ſubſtitutionis inter eos factum videri, ut Titius primus nominatus pro inſtituto, Gaius ſecundus nominatus pro ſubſtituto eſſet, nec aliter Gaium admitti debere ad hæreditatem, quàm ſi Titius hæres non eſſet, quod Juſtinianus in inſtitutionibus hæredum tantùm procedere his verbis innoit cum aliis inſtitutionibus *primum quaſi inſtitutum admitti, ſecundum quaſi ſubſtitutum*; ſed fortaſſis etiam in legatis, tutelis & fideicommiſſis procedebat, in quibus ſubſtitui poteſt *l. 50. de legat. 2. l. pen. de teſtam. tutel.* Veſtigium hujus ſententiæ deprehendi poteſt ex *l. 77. §. pen. de legat.* 2. Alii in fideicommiſſis poſteriori loco nominatum, poſteriorem eſſe contendebant, eò quod nudâ voluntate fideicommiſſa infirmentur *l. ſi jure 18. de legat. 3.* & poſterior voluntas ſit firmior *l. 19. C. de fideicom.* quaſi teſtator Titio fideicommiſſum ademiſſet, ut Gaio potiùs reſtitueretur. Sed ex his, qui putabant hujuſmodi inſtitutionem valere, nonnulli verba illa: *Titius, aut Gaius hæres eſto*, conjunctim accipiebant, quod quidem ambiguum eſt. Hujus ſententiæ fuit Julianus in *l. ſi 13. §. ult. de reb. dub.* ubi proponitur, quod ſi teſtator dixerit, *ſi mihi filius, aut filia hæres non erit, Seius hæres eſto*, non ſatis voluntatem ſuam declaravit teſtator, ſi non aliter extraneum hæredem eſſe volet, quàm ſi nec filius, nec filia hæres ſit, hoc eſt ſi utrùmque conjungere, vel disjungere voluerit; quia verba disjuncta aliquando pro conjunctis ſecundùm mentem pronuntiantis accipiuntur, & conjuncta pro disjunctis *l. 29. & 53. de verb. ſign.* & ita in edicto Prætoris hæc verba, *de itinere, actuque privato*, licèt conjuncta proferantur, pro disjunctis accipienda ſunt, ſufficit enim vel iter, vel actum in uſu habuiſſe *l. 1. §. 4. de itin. actuq.* Contrà verò in alio Prætoris hæc verba, *quod vi, aut clàm factum eſt*, licèt disjunctè proferantur, pro conjunctis ſunt accipienda, nec enim Prætor hoc interdictum dat, niſi cum aliquid ſimul vi, & clam factum ſit *l. is 11. §. 5. ff. quod*

vi

vi, *aut clam*. Hujus autem edicti argumento Juſtinianus ſuam deciſionem probat, ut oratio illa: *Titius*, *aut Gaius hæres eſto*, pro conjuncta accipiatur, & uterque ad hæreditatem, tutelam, aut legatum admittetur, ut conſtat ex illis verbis, *ut & primus perſonam inducat, & ſecundus non repellat*, quaſi teſtator ita non disjunctâ oratione uſus eſſet, ſed uterque admitti poſſet. Hæc autem deciſio Juſtiniani non fuit extenſa ad alternationem rerum, veluti ſi teſtator fundum Titianum, aut Mævianum ſub alternatione legaverit, vel per fideicommiſſum reliquerit, ſed vult veteres regulas ſervari in legatis, aut fideicommiſſis, ſcilicet ut utrumque debeatur, ſed alterutrum ſecundùm electionem, quæ in legatis non ſemper eſt hæredis, nam ſi per vindicationem fuiſſet legatum, legatarii erit electio *l. plane* 34. §. *pen. de legat*. 1. *l*. 19. & 43. §. *ult. de lega*. 2. Ratio differentiæ eſt, quia dominium rei legatæ per vindicationem rectâ viâ tranſit, numquam verò factum hæredis exigebatur *l*. 3. §. *ſi rem de legat*. 3. *l*. 80. *de legat*. 2. per damnationem verò legatum relictum ab hærede peti debe[illegible], itaque agente legatario ex teſtamento [illegible] redis, utpote debitoris fuit electio, quam [illegible] let ex duabus rebus ſub alternatione [illegible] ſolvere; in fideicommiſſis hæredis ſem[illegible] electio, quia fideicommiſſum ab hæ[illegible] debuit, ſublatâ verò differentiâ [illegible] de qua in *l*. 2. *commun. de leg*[illegible] quàm in fideicommiſſis hæ[illegible] contractibus verò electio debitoris [illegible] *emptio* 6. *de contrah. emt. l. plerumque* [illegible] *de jur. dot. l*. 6. §. 1. *de jur. patr. l*. 138. § 1. *de verb. oblig*. quemadmodum igitur in contractibus, in legatis, & fideicommiſſis ſub disjunctione relictis ſecundùm veteres regulas hæredis electionem eſſe voluit, niſi manifeſtè eam fuiſſe voluntatem teſtatoris appareat, ut legatario, non hæredi electionem dare voluerit *d. l*. 4. *C. de verb. ſign.*

3 His ergo ſuppoſitis, veniamus nunc ad explicationem *d. l*. 23. *de teſt. tutel*. quæ certè difficilis & obſcura eſt; ait ergo Africanus, quod ſi pater dixerit: *illi*, *aut illi filiis meis*, *utri eorum Titius volet*, *tutor eſto*: inutilem eſſe dationem tutelæ, quia poterit Titius voluntatem ſuam non declarare, at verò ſi dixerit, *illi filio meo*, *Titius ſi volet*, *tutor eſto*: valere hujuſmodi dationem tutelæ: hic textus ſi conferatur cum *l*. 16. *de legat*. 2. difficilior eſt; nam ait Cunſultus, quod ſi teſtator dixerit Titio, aut Seio, utri eorum hæres volet, centum do, lego, valere hujuſmodi legatum, & hærede voluntatem ſuam non declarante, utrumque petere poſſe legatum, quaſi unicuique relictum eſſet: ſi ergo in hoc legato ſtatuitur, quare non & in tutela, quæ majorem favorem continet? Huic difficultati ita reſponderi poſſe exiſtimo: rectè docet Africanus in primo caſu non valere tutoris dationem, in ſecundo verò effectum habere, quia non eſt inconveniens, ut tutela in arbitrium, & voluntatem tutoris poni poſſit; quia ſi tutor munere ſibi injuncto fungi detrectet, poteſt compelli à Magiſtratibus remediis, quibus compelluntur, qui in municipio Magiſtratus creati ſunt *l*. 9. *de muneribus & honoribus l*. 3. *C. de ſuſp. tutel*. Hoc autem principio ſuppoſito rectè docet Africanus, quod ſi teſtator dixerit, *illi filio meo Titius ſi volet*, *tutor eſto*, valere hujuſmodi legatum, ſeu dationem, quia conſtat cui pater, & quem tutorem dederit, voluit quippe hoc in voluntate tutoris poni, tutor autem etſi aliàs compelli poſſit ad exequendum munus tutelæ, poteſt evenire, ut decedat ante declaratam voluntatem, poteſt etiam hujuſmodi munus tutelæ ob juſtas cauſas excuſationis à jure ſtabilitas detrectare; quapropter favore ipſorum filiorum, cùm non conſtiterit, cui eorum pater tutorem dare voluerit, conſtituit Africanus patrem ita tutorem filiis ſuis in teſtamento aſſignare non potuiſſe.

CAPUT SEPTIMUM.

An legata, vel fideicommiſſa relicta incertis perſonis ex certis valeant?

INcertis perſonis ex certis etiam legata, fideicommiſſa, & hæreditates relinqui potue[illegible], ut docet Juſtinianus *in* §. *incertis* 25. *inſt*. [illegible] *l*. 9. §. *ſi quis* 1. *cum ſeqq. l*. 24. *cum* [illegible] *de hered. inſt. l*. 3. & 8. *in princ*. & §. 1. [illegible] *vulgar. l. ut ex fratrib*. 23. *cum ſeq. de condit. inſtit. l. ſi* 108. §. *hujuſmodi* 3. *de legat*. 1. *l*. 20. *de legat*. 3. *l*. 18. *de uſufr. legat. l*. 11. *de reb. dub. l*. 2. & 6. *de ſecund. tab*. veluti ſi teſtator dixerit: *ex cognatis meis*, *qui mihi monumentum fecerit*, *vel qui filiam meam in matrimonium duxerit*, *lego centum*, *vel qui mihi ſit hæres*. In quibus caſibus, vel aliis hujus generis ſubſiſtit legatum, vel hæreditas, quia teſtator eas perſonas novit, quas certas eſſe ſupponimus, & affectione proſequitur, dum ex eis unum inſtituit, vel relinquit legatum, quo caſu legatum, & hæredis inſtitutio conditionem continet, quæ pendet ex incerto eventu ſignificationis, ut conſtat ex relatis juribus, docent Donellus & Cujacius in *l*. 5. *de reb. dub*. Oroz 1. *de apicib. cap*. 7. *num*. 26. Oſſualdus 8. *cap*. 6. *lit. B.* Sarmiento 2. *ſelect. cap*. 5. *num*. 3. Verùm hoc principium deſtruere videtur ignotus, & difficilis textus in *l. general*. 32. *de uſu & uſufr. legat*. ubi talis proponitur ſpecies. Mulier habens filios ex Seio, & filiam ex alio marito, eos æquis partibus hæredes ſcripſit, & in eodem teſtamento matri ſuæ ita legavit; *Eliæ Dorcadi matri meæ dari volo*, *quoad vivat uſumfructum bonorum meorum*, *qui uſusfructus volo*, *ut poſt mortem matris meæ perveniat ad omnes hæredes*, *quos in hoc teſtamento feci*, *vel ex eis ad eum*, *qui vivat*: deceſſit teſtatrix, filii hæredes ſcripti adierunt hæreditatem, & filia etiam adivit, & mater uſufructuaria, filii ſuſcepti ex Seio deceſſerunt, & poſt uſufructuaria deceſſit, ſolâ vivente filiâ ex alio matrimonio ſuſceptâ, quæ etiam hæres ſcripta fuit, quæſitum fuit apud Scævolam, an poſt mortem uſufructuariæ uſusfructus omnium bonorum ad hæredes pertineat pro portione hæreditatis, an ad filiam ſolam ſuperſtitem, an ad filios defunctæ? Hæc eſt ſpecies, quam ſic expendo: ſi legatum relictum incertis perſonis ex certis valeret, ſequeretur, quod in hac ſpecie uſusfructus ad ſolam filiam ſuperſtitem ſpectaret; 1

ſed

Digitized by Google

ſed non ſolùm ad illam , verùm ad omnes pertinet æquè, ergo legatum relictum incertis perſonis ex certis valere nequit. Cui difficultati reſpondeo uſumfructum ex voluntate teſtatricis non ſolùm ad filiam, ſed ad omnes æqualiter ſpectare, quia teſtatrix in prædicta clauſula nihil nuvi præcipere voluit, nec aliter diſponere de uſufructu, quàm de proprietate diſpoſuerat, ut ſcilicet ad eum uſusfructus ſpectaret, apud quem proprietas reſideret; itaque illa verba, *aut ex eis qui vivet*, in quibus tota difficultas conſiſtit, ita accipit Scævola, ut ad eum, qui ante me decedat, qui mihi hæres ſit, qui dominus proprietatis fiat; unde mortuâ uſufructuariâ, uſufructus in hæredibus de novo non conſtituitur tanquam ſervitus, vel tanquam formalis uſusfructus, ſed conſolidatur cum proprietate, cum ad filium, hæredeſque filiorum pertinere incipiat. Hæc mens fuit Scævolæ, quamvis nullam rationem adjiceret, quam poſtea Claudius ejus notator explicuit his verbis: *non credidit ipſum uſumfructum in vicem portionum hæreditarium poſt mortem aviæ inter ipſos datum, eò magis quod æquis partibus hæredes erant ſcripti.* Quibus verbis denotat ſcævola uſumfructum in prædicta ſpecie non fuiſſe formaliter inter filios conſtitutum, nec relictum ſpecialiter alicui ex hæredibus, ſed generaliter omnibus, qui hæredes eſſent, rationem affert, *eò magis quod ex æquis partibus hæredes ſcripti erant*, ideoque cùm parem affectionem mater erga omnes filios demonſtraret, paremque erga omnes affectionem, nec alteri plus, quàm alteri reliquiſſet, infert æqualiter inter ipſos ſervandum eſſe. Nec obſtabit, ſi replices fruſtraneam eſſe illam clauſulam appoſitam à teſtatrice ibi: *vel ad eum, qui ex eis vivat*; nam reſpondeo minimè fruſtraneam reputari, cùm caſus prædictæ clauſulæ contingere non poſſit; nam ſi aliqoi præmortui ſint, nec adierint hæreditatem, itaque nil ad hæredes ſuos tranſmittat, tunc ad ſuperſtitem uſusfructus ſpectabit, ita Cujacius *in recit. ad prædict. text.* & D. Retes *ad notas Claudii in eo textu*, & Faber 1. *conject. cap.* 11.

2 Ut autem hoc légatum relictum incertis perſonis ex certis ſubſiſtat, neceſſarium eſt, quod exiſtat illa conditio demonſtrationis, ex quâ perſona certificanda eſt; veluti ſi teſtator dixerit: *ex cognatis meis, qui in Capitolium aſcenderit centum do, lego*; neceſſe namque eſt eſt ad neceſſitatem legati, quod ex eis aliquis in Capitolium aſcendat. Nec tunc obſtat ſequens conſideratio: hoc legatum relictum incertis perſonis ex certis relictum aſſerit Juſtinianus in §. 25. *inſt. de legat.* ſub certâ demonſtratione, cujus falſitas, ut vulgò jactatur, non reddit inutile legatum *l.* 1. §. 8. *de dot. præleg. l.* 17. *in princ.* & §. 1. *de condit.* & *demonſtr.* Nam reſpondeo cum Cujacio in *l.* 75. §. 1. *de legat.* 1. vulgatem juris regulam docentem falſam demonſtrationem legato non obeſſe, de ſupervacuâ demonſtratione, quæ adhibetur perſonæ jam ſatis deſignatæ demonſtrandi causâ, accipiendam eſſe, non de neceſſaria, ſine qoa non conſtat de perſona legatarii, ex cujus veritate, vel falſitate pendet omnis validitas, vel inutilitas legati, ut probant diſerti textus in *l. ſi ſic* 17. §. 2. *de legat.* 1. *l.* 34. *de condit.* & *demonſtr.* Itaque falſitas, vel defectus demonſtrationis ſuperfluæ legatum non vitiat *d. l.* 1. §. 8. *de do. prælcg.* Itaque ſi legavero uxori veſtem purpuream, & poſtea adjiciam, *quæ uxoris causâ parata eſt*; hæc adjectio etſi falſa ſit, legato non nocet, debebitur enim veſtis, etſi non ſit uxori parata: at verò ſi legaverim ſolam veſtem, quæ uxoris causâ parata ſit, ſi ejus causâ ſit parata, præſtabitur, ſi nulla ſit, non debebitur *l.* 19. *de aur. lega*. quia ea demonſtratio in præſenti neceſſaria eſt; cùm ergo legatum incertæ perſonæ ex certis relictum ſub neceſſariâ demonſtratione relinquatur, ſine cujus veritate de perſona legatarii conſtare nequeat, meritò dicitur eſſe reputandum ex demonſtratione falsâ, quâ exiſtente legatum evaneſcit, textus in *l.* 37. *de contrah. emt.* Verùm huic ſententiæ adhuc obſtant textus in *l.* 17. §. 1. *l.* 24. *l. unum* 65. §. *rogo de legat.* 2. *l.* 7. §. 1. *de reb. dub.* ubi ſi legatum, fideicommiſſum, vel hæreditas uni ex libertis, quem hæres elegerit, relicta ſit, hæreſque neminem eligat, omnes ad legatum admittuntur, & tamen hæc demonſtratio neceſſaria eſt, quia aliàs liquidè de perſona legatarii conſtare non poteſt, ejuſque falſitas non nocet: ergo non rectè conſtituta eſt differentia inter falſam demonſtrationem, ſuperfluam & neceſſariam: augetur difficultas hujus conſiderationis ex ſequenti principio; nam certum eſt legatum optionis, veluti ſi teſtator dixerit: *ſervum, quem volet Titius, optato, eligito*, habere in ſe tacitam conditionem, ut niſi legatarius vivus elegerit, ad hæredem minimè transfertur legatum, conſequenterque nullum efficiebatur ex defectu conditionis §. *optionis* 23. *inſt. de legat. l.* 2. §. 1. *commun. de legat.* ubi idem ſtabilitum eſt in caſu, quo legatus fuiſſet ſervus, quem Titius elegiſſet; ſimiliterque ſi contractus emtionis celebratus fuiſſet, quanti Titius æſtimaſſet, Titio non æſtimante, tanquam deficiente conditione, inutilis videbatur contractus, *l. ult. C. de contrah. emt.* quod & in locatione & in ſocietate admiſſum fuit *l. ſi merces* 25. *locati l.* 75. *pro ſocio*; ſi ergo in his omnibus caſibus defectus conditionis hujuſmodi diſpoſitiones vitiat, videbatur dicendum, quod caſu, quo hæres non elegiſſet, legatum, vel fideicommiſſum inutile eſſe deberet.

Ut ergo his juribus ſatisfaciamus, aliqua 3 priùs principia prænotanda ſunt. Itaque ſciendum eſt, quod licèt in voluntate hæredis legatum poni non poſſit *l.* 43. §. 2. *de legat.* 1. quia repugnat ſubſtantiæ obligationis eſſe in poteſtate debitoris debere, vel non *l. ſtipul.* 17. *de verb. oblig.* tamen ita relictum, cui hæres volet, vel quem hæres elegerit, validum eſt, quia ſuppoſitâ neceſſitate dandi, electio perſonæ, cui dandum eſt, in ejus arbitrium confertur, quod à jure abſonum eſſet *d. l.* 7. §. *de reb. dub.* hæc conditio non eſt expreſſa, ſed tacita, quæ nocere non ſolet juxta illud vulgare proverbium; *expreſſa nocent, tacita non nocent l.* 159. *de reg. jur. l.* 52. *de condit.* & *demonſtr.* poteſtque hæres virtute liberæ electionis ſibi commiſſæ immeritum, & indignum præferre, quia eo ipſo quod teſtator hujuſmodi poteſtatem & facultatem conceſſit, videtur injuriam remiſiſſe *l. Lucius* 88. §. 11. *de legat.*

Digitized by Google

legat. 2. ſi verò fuerit legatum relictum uni ex libertis, quem hæres dignum putaverit, cum hæc verba pro arbitrio boni viri accipiantur *l.* 11. §. *ſi ſic ſideicommiſſum* 5. *de legat.* 3. indignum præferre non poteſt; quia bene meriti dumtaxat intelliguntur, ideſt qui patronum coluerint *d. l. unum* 67. §. *rogo* 7. *l.* 14. *de legat.* 2. *l.* 20. *de manum. teſtam.* Electio autem perſonæ legatarii debet fieri ab hærede, ſimul atque potuit intra modicum temporis tractum, intra quod conſtituere debet, an malit dare ſecundùm ſententiam Scævolæ, qui reprehendit Marcellum in *d. l.* 24. *de legat.* 2. conceſſitque hæredi modicum tempus ad conſultandum, quo tempore liberti, qui deceſſerint, nil tranſmittent; poſt illud autem tempus, qui deceſſeriot, actionem puri legati in hæredes tranſmittunt, ſi verò hæres tanquam negligens ſit, ut non elegerit, cui dandum ſit, tunc omnes ad portionem legati ſimul admittuntur ex conſtitutione Antonii, de quâ in *l. labeo* 21. §. *fin. de ſtatu liber. d. l.* 17. §. 1. *d. l.* 24. *&* 67. §. *rogo* 7. *de legat.* 2. Et hoc ita conſtitutum eſt, ne ſit in voluntate hæredis legatum infirmare, quod ut meliùs intelligatur advertendum eſt hoc legatum relictum *uni ex libertis, cui hæres voluerit*, duplex eſt conditionale, & purum, quod abſurdum non eſt, ut patet in inſtitutione; quæ etiam quandoque duplex eſt; conditionalis & pura *l.* 2. *de hered. inſt.* veluti ſi ita dicam: *illi hæredes ſunto ex partibus, quas adſcripſero, & ſi non adſcripſero, illi nihilominus hæredes ſunto*, una eſt conditionalis, altera pura, etſi hæredibus teſtator non adſcripſerit partes, nihilominus ex parte poſteriori orationis hæredes æqualibus portionibus hæreditatem divident, ita ſimiliter legatum relictum uni ex libertis, quem hæres voluerit, duplex eſt; nam ſi hæres eligere velit, dabitur ei tempus, intrà quod eligere debeat, quod tempus ſi non prætererit, nondùm libertis competit petitio legati, & ſuſpendi videtur ex voluntate teſtatoris, quia interim deliberat, & de ſingulorum officiis quærit; ſed ſi juſtum tempus prætererit, quo eligere debuit, nec elegit, omnibus libertis competit petitio quaſi puri, præſentiſque legati, cujus petitio in hæredes tranſcendentium tranſmittitur, nec amplius hæredi eligendi jus competit, quæſita enim eſt actio omnibus libertis ſuperſtitibus poſt tempus, vel ſuperſtiti liberto, qui vixit poſt tempus deliberationis, vel hæredi ejus, ſi poſt acquiſitam petitionem, antequam peteret, deceſſit; cœterorum verò libertorum, qui deceſſerunt ante tempus deliberationis hæredibus, pendente legato, non competit petitio, quia eo caſu, eove tempore conditionale legatum eſſe intelligitur; quod non poſſit tranſmitti conſtat ex *d. l.* 24. ita Cujacius in *d. l.* 17. §. *fin. de legat.* 2. Hæc doctrina intelligenda eſt, quando legatum ita fuit relictum: *lego centum uni ex libertis, quem hæres voluerit*: namque tranſacto juſto temporis ſpatio arbitriu boni viri ad deliberandum, omnibus legati petitio competit; at verò ſi relictum fuerit, adjiciaturque *cum morieris*, tunc etſi tempus prætereat, non omnibus legati petitio competit, quia non eſt in mora ad declarandam voluntatem uſque ad ſupremum vitæ exitum, & hoc ex voluntate teſtatoris, qui manifeſtè legatum, vel fideicommiſſum in mortem hæredis contulit. Idemque erit dicendum, ſi ita relictum ſit: *cui volueris, & cùm volueris, vel quandocumque volueris l.* 41. §. *Scævola* 13. *de legat.* 3. *l. pater* 77. §. *fin. de legat.* 2. Itaque obſervandum eſt multùm intereſſe, ſi teſtator dicat: *rogo, ut des uni ex libertis, cui volueris*, nullo alio adjecto, nam hæc verba non habent tractum ſucceſſivum, niſi juſti & modici temporis ad deliberandum, at verò ſi adjecerit, *vel cùm volueris, vel cùm morieris, vel quandocumque volueris*, ut conſtat ex prædictis juribus ex *l. unum* 67. §. *rogo* 7. *de legat.* 2. nam hæc verba continent tractum & expreſſionem uſque ad mortem hæredis, ita Cujacius 9. *quæſt. Papin. in d. l. unum* 67. Item alia eſt differentia, quod ſcilicet in primo caſu hæres ſemel tantum eligere poteſt, in ſecundo verò poteſt mutare, quia hæredis eſt perpetua voluntas, quandiu vivat, eligendi *d. l. unum* 67. §. *ſed etſi fundum* 5. ubi Cujacius 19. *quæſt. Papin.*

Quod dictum eſt de fideicommiſſo uni ex 4
libertis relicto, quod ſi unus ſuperſtes fuerit, totum fideicommiſſum ad eum ſpectaret, difficile redditur ex *l.* 38. §. 2. *de legat.* 3. quo loco proponitur patrem filiâ hærede inſtitutâ in teſtamento caviſſe: veto ad ædificium de nomine meo exire, illudque ædificium uni ex libertis per fideicommiſſum relinquit, ſupervixit unus tantùm libertus Verna; quæritur an ad eum totum ædificium pertineat? Et reſpondet Conſulius non totum, ſed virilem partem ſpectare: ergo ſic ſimiliter in *d. l. unum* 67. §. *rogo* 7 libertus, qui ſolus ſuperſtes fuit, non totum fideicommiſſum debet percipere, ſed partem dumtaxat. Cui difficultati reſpondendum eſt, quod in *d.* §. 2. teſtator non legavit ædificium uni ex libertis, ſed libertis abſolutè cum hac adjectione, *quos teſtamento nominaverat*, ideſt manumiſerat, quod idem eſt juxta *l. pen.* §. *Lucius* 6. *de legat.* 2. cum lege Fuſiâ ſervi nominatim manumittendi erant *l.* 24. *de manum. teſtam.* virtute cujus adjectionis retulit ſe ad nomina libertorum teſtamento expreſſa, itaque eos in dando fideicommiſſo nominaſſe videtur, quod ſi nominaſſe videtur, videtur & ab initio æquales portiones feciſſe *l.* 124. *de legat.* 1. *l. ſi fundus de C. & D.* unde ſequitur inter eos non eſſe jus accreſcendi, quia ſolum locum habet inter eos, qui ſolidum ab initio habent, & concurſu partes faciunt *l.* 3. *de uſuſr. accreſc.* atque ita optimè ſtat, quod moriente filiâ, uno tantùm libertu ſuperſtite, hic virilem tantùm portionem habeat, filiaque poſſit cœterorum partem in extraneum hæredem transferre, quia teſtator libertorum tantùm gratiâ ædificium de nomine ſuo exire prohibuerat, ita Cujacius tum in *d. l.* 38. *tum in d. l. unum* 67. § *rogo de legat.* 2 quæ dicta ſunt pro explicatione prædictorum jurium, de quibus ſit mentio in *l. ſi quis teſtamento* 16. *C. de fideicom. libert.* quod inter antiquos altercabatur, an ſi hæres non elegiſſet, vel quia noluiſſet, vel quia morte præventus non potuiſſet, utrum omnes Pamphili liberi, an quidam ex eis ad libertatem perveniret? Tres ergu circa hanc rem diverſæ opiniones fuerunt; alii dicebant, nulli ex libertis

bertis libertatem competere, utpote defectâ conditione, ſuamque opinionem adſtruebant ex legato optionis, & ex venditione alterius arbitrio celebratâ, quæ diſpoſitiones ex defectu probationis corruebant. Alii verò dicebant, libertatem ſervis competituram jam uni, jam omnibus, uni ſecundùm voluntatem teſtatoris, de quo facienda erat electio, vel arbitrio boni viri, vel ſorte, ſicut ex veterum ſententia in legatis fiebat *l. 2. §. 1. C. commun. de legat.* & in libertatibus *l. 24. §. 17. de fideicom. libert.* omnibus verò ex voluntate teſtatoris exemplo legati vel fideicommiſſi uni ex libertis, quem hæres elegerit, relicti, quo caſu ceſſante hæredis electione, non omnes æqualiter admittuntur *d. l. 17. §. fin. d. l. 24. d. l. 57. §. rogo l. 77. §. 4. de legat. 2. l. Labeo 21. §. fin. de ſtatu lib. l. 7. §. cum quidam de reb. dub.* Juſtinianus autem in *d. l. 16.* hanc ultimam ſententiam amplexus eſt, decrevitque ex voluntate teſtatoris omnibus libertis libertatem deberi, quia teſtator non tam ad certum tempus, ideſt non tam ad unum ex libertis reſpexit, quàm ad omnes, qui ſpem libertatis fideicommiſſæ habere dicuntur, cum ex illis quilibet in libertatem eligi poterat, atque hoc diſpendium voluit Juſtinianus imminere, ut omnes liberti ad libertatem perducantur, cùm voluntatem teſtatoris adimpleri, uniquе ſecundùm ipſius voluntatem libertatem dare neglexerint.

5 Quæritur autem, ſi teſtator legaverit uni ex cognatis, qui primus in Capitolium aſcenderit, vel qui monumentum fecerit, & duo ſimul in Capitolium aſcendant, vel monumentum faciant, an valeat legatum, vel non? Et reſpondet Conſultus in *l. ſi 10. de reb. dub.* ei legatum præſtandum, qui primus in Capitolium aſcendiſſet, vel qui priùs monumenmm fecerit; ſi ergo id non appareat, neutri legatum debebitur, & hoc ita conſtitutum eſt, ſuadente nimirùm voluntate teſtatoris, qui alterutri tantùm dare voluit, non verò utrique: neque in hoc caſu, ut in antecedenti, electio hæredis locum habere poteſt, ad differentiam rei legatæ, veluti cùm teſtator duos fundos, hæres fundum Cornelianum legaverit; quo quidem in caſu tenetur hæres præſtare fundum, quem elegerit *l. cum ſervus 39. §. ſcio 6. de legat. 1.* nam inter perſonas, quibus legatur, & res, quæ legantur, multùm intereſt; nam quando teſtator vult uni dari, ſimul vult cœteris non dari, proinde hæres non compellitur eligere, cui det, ne fortè eligat, quem teſtator noluit, argumento *l. duo 30. de teſtam. tutel.* Cum autem teſtator legavit unam ex duabus rebus, & non adjecit quam, tamen certum eſt, quam legavit, hæreſque tenetur minorem præſtare; nam vel de eâ ſenſit, vel de majore, ſi de majore, & hoc ipſo voluit minorem præſtari; ſicut enim dicimus in majori quantitate & minorem ineſſe *l. 1. ſi ſtipulantis de verb. oblig.* igitur hæc dabitur, quia hanc ſaltem teſtator voluit, ſed adhuc videtur dicendum in caſu propoſito, quandn duo in Capitolium aſcenderunt, vel duo monumentum fecerunt, interpretandum eſſe unum aſcendiſſe, vel priùs monumentum feciſſe ad conſervandam teſtatoris voluntatem, quod videtur probari ex ſequentibus fundamentis, & primò ex textu in *l. qui duos 9. §. 1. & ult. de reb. dub.* ubi agens Conſultus de patre, & filio pereuntibus, ait interpretandum eſſe patrem priùs deceſſiſſe. Secundò ex *eadem leg. 9. in princ* ubi ſi pater ita ſubſtitutionem fecerit: ex filiis meis qui ſupremus, vel noviſſimus deceſſerit, Titio ſubſtituo, ſi uterque impubes vel ruinâ, vel naufragio ſimul decedat, ſubſtitutum admittendum eſſe: ſi ergo in his caſibus fit interpretatio, ut conſervetur voluntas teſtatoris, quare & non ſimiliter in noſtro caſu etiam admittenda eſt. ſcilicet unum priùs aſcendiſſe, vel monumentum feciſſe. De caſu, quo non poſſit diſcerni, qui priùs aſcendiſſet, vel monumentum feciſſet, duobus pariter aſcendentibus, vel monumentum facientibus, videbatur dicendum omnibus legatum deberi, uti videtur probari ex *l. 17. §. 1. de legat. 1.* Uti ſi teſtator decem legaverit ei, qui ſibi naſcetur, pluribus natis, omnibus deberi legatum; quibus tamen non obſtantibus defendenda eſt ſententiæ Conſulti in *d. l. 10. de reb. dub.* Nec obſtat prima difficultas ex *d. l. 9. §. 1. & ult. eod.* nam differentiam conſtituo inter pariter decedentes, ſcilicet patrem & filium, & inter pariter aſcendentes, quia juſtæ ſunt cauſæ in perſona utriuſque, propter quas unus in communi periculo citiùs decedat, quàm alter; itaque præſumitur priùs patrem deceſſiſſe, quàm juvenem, id poſtulante ætate, robuſtior enim cenſeri debet filius, quàm pater ſenectute oppreſſus, audaciorque ad reſiſtendum periculis, & licèt rapida unda potuit filium citiùs, quàm patrem obruere, hoc tamen non obſtante in re ignoratiſſimâ non diſputamus de eo, quod poteſt eſſe, ſed ſuppoſito pari caſu, id contigiſſe præſumimus, quæ præſumptio faciliùs colligitur inter perſonas ejuſdem ſanguinis, & per conſequens ejuſdem complexionis, quàm inter homines extraneos; inducіturque prædicta præſumptio communi parentum voto, quod eſt filios ſibi ſuperſtites relinquere *l. 15. de inoff. teſtam.* in ſecundo verò caſu interpretatur unum aſcendiſſe, nam hoc caſu nullæ cauſæ ex conditione perſonæ afferri poſſunt, ob quas credamus unum priùs aſcendiſſe, quàm alterum, & qui minùs valet viribus, priùs aſcendere poteſt, quia priùs id aggreſſus eſt facere, fieri etiam poteſt, ut ambo eo caſu aſcendant; itaque optimè ſtat, ſi id non appareat, neutri dandum eſſe, & hoc ex defectu probationis nominis. Nec etiam obſtat textus in *l. qui 9. in princ.* namque dicendum eſt patrem, qui plures filios impuberes habet, ſi neminem eorum inteſtatum decedere velit, poſſe ſingulis, quos voluerit ſubſtituere, aut ipſos invicem & reciprocè, ſique noviſſimè impubes mortuus fuerit, alium aliquem ſubſtituere *l. ſi pater 25. de vulgar.* quo caſu intelligitur patrem eis legitimam hæreditatem conſervare voluiſſe *l. 37. de vulgar. §. vel ſingulis inſt. de pupill.* Hoc autem ſuppoſito, ſi pater habens duos filios, & cui noviſſimè ante pubertatem deceſſerit, aliquem ſubſtituerit, & uterque ſimul impubes decedat, ad omnium hæreditatem ſubſtitutus admittitur *d. l. 9. §. 1. & ult. de reb. dub. l. 34. de vulgar.* Ratio deſumitur ex uſitato modo loquendi, & ex voluntate teſtatoris; proximus enim eſt, quem nemn antecedit, quamvis ſi ſolus & noviſſimus eſt, poſtquam nemo eſt

alius

alius, quamvis ante eum nemo ſit. Accedit quoque, ut dixi, voluntas teſtatoris, nam qui ita ſubſtituit, vult utriuſque filii portionem ad ſubſtitutum pertinere, quaſi ordine vitâ deceſſiſſent, ſecundus ſuccederet primo, ſecundo verò ſubſtitutus, & hic utriuſque hæreditatem ſerret *d. l. 37. de l. pen. C. de impub. & aliis ſubſt.* ergò ſuffragante voluntate teſtatoris, nec repugnante jure verborum ſignificatione non eſt abſurdum, ur utrique ſuccedat ſubſtitutus. In noſtro verò caſu hoc admitti non poteſt, ſed quando duo pariter aſcendant, nam neuter eorum eſt primus, nam is primus eſt, qui aſcendit ante alium, non aſceodit autem ante alium is, cum quo aſcendit ſimul. Deinde teſtator de uno ſenſit, unique tantùm dari voluit, quaptopter cum repugnet & verborum ſignificatio, & voluntas teſtatoris, meritò dicitur neutri legatum deberi.

6 Verùm has duas ſpecies, earumque differentiam turbat textus in *l. ſi ejus 34. aliàs qui ff. ad Trebell.* ubi talis proponitur ſpecies. Paterſamilias duos filios puberes hæredes inſtituit, juſſitque ut noviſſimus, ſi deceſſerit, partem ſuam hæreditatis propinquo reſtitueret, ambo ſimul deceſſerunt; reſponditque Conſultus non aliter propinquum ad partem hæreditatis admitti, quàm ſi probaverit, quis noviſſimus deceſſerit, quod ſi oſtendere non poſſit, partem ad utriuſque filii hæreditatem ex Trebelliano S. C. admitti: Ecce ubi ad hæreditatem noviſſimus per fideicommiſſum ſubſtitutus vocatus fuit, ut in caſu antecedenti ſubſtitutus pupillaris, & in ambobus ſimul decedentibus non admittitur, ergo nec in altero caſu ſubſtitutus admitti debet. Varias ſolutiones hujus difficultatis congeſſerunt Interpretes, quas refert, & rejicit D. Retes 7. *opuſc. cap. 5. & 6. cum ſeqq.* His tamen inſuper habitis eum eodem denique dicendum eſt in *d. l. 34.* non fuiſſe relictam totam hæreditatem, ſed partem noviſſimi decedentis; limitatum ergo fuit fideicommiſſum, igitur non fuit ex conjecturatâ teſtatoris voluntate tacitam reciprocam ſubſtitutionem inter utrumque hæredem admitti, nec fideicommiſſarius totam hæreditatem ferre potuit; vocatus ergo fuit ad unam tantùm partem, ſcilicet noviſſimi decedentis, unde ſi ignoretur quis priùs deceſſerit, ignoratur etiam, quæ pars ad fideicommiſſum pertinere debeat, & per conſequens fideicommiſſum evaneſcit ex defectu certitudinis. Nec obſtat dicere ignorationem partis nihil impedimenti fideicommiſſo afferre, quando partes æquales ſunt, ſi quidem non eſt plus in una, quàm in alia, vel quando ſunt inæquales, ſi fideicommiſſarius minori tantùm parte contentus ſit; nam reſpondeo quantitatis certitudinem non reddere partem certam, ſed naturalem ejus demonſtrationem, ut ſciatur quæ ſit; veluti ſi pars Titii, aut Mævii nominatim declarata, & per mortem ejus manifeſtata, argumento *l. Mævius 66. §. duorum 1. de legat. 2.* Unde ſi petat partem minorem, niſi oſtendat noviſſimum deceſſiſſe, qui illi rogatus fuit reſtituere, nil agit, quia fideicommiſſario non debetur pars minima, ſed noviſſimi. Rurſùs ſi ex æquis partibus ſcripti ſunt, dimidiam partem petat, deficit in deſignatione, ſeu demonſtratione partis, quod ſufficit, ut fideicommiſſum deficiat, docet Cujacius 4. *ad African. in d. l. ex duob. de vulgar.* Nec etiam obſtat textus in *d. l. qui filiab. 17. §. 1. de legat. 1.* Ex quo intendebatur probari omnibus quotquot aſcenderint legatum præſtandum eſſe exemplo relicti ei, qui naſceretur, quia omnibus natis debetur. Nam reſpondeo magnam differentiam inter utrumque caſum verſari, nam pluribus natis nihil ambiguum eſt; omnes enim veri, & proprii filii ſunt. Nec obſtat, quod teſtator filio legaverit, non filiis, nam quicumque erunt rectè de unoquoque dicitur, nam hic filius eſt, alter etiam filius eſt; ergò ex eo quod filio dari juſſit, ſingulis dandum eſt, pluribus autem Capitolium aſcendentibus partim ſi inter ſe impediuntur, neuter eorum eſt primus. Deinde affectus patris æquè in liberos hanc ſententiam admittit, quod idem non poteſt dici, cum uni extraneo legaſſet, qui aliquid feciſſet, & plures feciſſent, non enim ſi uni dari voluit, idcircò omnibus dari voluit, cùm voluntas teſtatoris manifeſta ſit, quod uni tantùm detur; priùs eſt adſtante aliquâ ambiguitate eam interpretationem accipiendam eſſe, quâ res, de qua agitur, potiùs valeat, quàm pereat *l. 12. de reb. dub.* ergò ad interpretandam & conſervandam mentem teſtatoris debet interpretari unum aſcendiſſe. Cui difficultati reſpondet benè, verum eſſe in ambiguo ſermone interpretationem, quæ voluntatem teſtatoris conſervet, accipiendam eſſe, ut præter prædictum textum patet ex *d. l. 10. §. fin.* ubi ſi ancillæ libertas data ſit ſub conditione: ſi quis maſculus ex eâ primus in lucem venerit, & duo pariter maſculus, & fœmina in lucem edantur, nec conſtet uter priùs, ait Conſultus extitiſſe conditionem, quaſi per præſumptionem priori maſculo edito; rationem præſtat Conſultus, ſcilicet in ambiguis humaniorem ſententiam, quæ libertati favet, ſequendam eſſe, cui convenit alia juris regula dictans in obſcura voluntate manumittentium libertati favendum eſſe *l. in obſcura 179. de reg. jur.* Etiam ea doctrina probatur ex *l. 8. de reb. dub.* ubi vir uxori res aliquas donavit, & donatio non valet *l. 1. de donat. inter.* Sed confirmatur: ſi donator priùs decedat, itaque ſi ambo pariter deceſſerunt, interpretatur donatorem priùs deceſſiſſe, & hoc admittitur, ut potiùs valeat donatio, quàm pereat, licèt etiam in his & aliis caſibus ambiguis in favorem validitatis actûs interpretatio fiat, attamen in noſtro caſu non poteſt & hæc interpretatio admitti, quia, ut dictum eſt, repugnat manifeſtè voluntati teſtatoris, quæ eſt, ut uni centum dentur, ſi autem non appareat, non deficit jus, ſed probatio *l. 30. de teſtam. tutel.*

Omnia, quæ hoc uſque dicta ſunt de legato & fideicommiſſo, cœteriſque diſpoſitionibus incertis perſonis relictis ex nimia Romanorum ſubtilitate fluxerunt, & obtinuerunt uſque ad tempora Juſtiniani noſtri, qui in privatis actionibus religioſſimus, voluntatemque decedentium attendens novâ ſuâ conſtitutione (quæ licèt in Codice, quo utimur, deficiat, invenitur tamen in *§. ſed nec hujuſmodi 27. inſt. de legat.*) ſtatuit, ut hæreditates, legata & fideicommiſſa non modò incertis 7

ex certis , ſed incertis omninò penes animum teſtatoris relinqui poſſint ; & hanc conſtitutionem novam Juſtiniani eſſe probo ex eo, quod in *d.* §. 25. *inſt. eod.* docet *olim nec legata, nec fideicommiſſa incertis perſonis relinqui potuiſſe :* ergo hodie ex novâ hac Juſtiniani conſtitutione aliud obſervatur. Rursùs idem probatur ex duplici argumento deſumpto ex *d.* §. 27. Primum illud eſt, quod ait : *ſed nec hujuſmodi ſpecies penitus eſt ſine juſtâ emendatione relicta* : ergo corruit jus antiquum , ſtatuiſque teſtatores poſſe incertas perſonas quocumque ſuæ libertatis compendio honorare. Secundum ex eo, quod ſubjungit tutorem incertum dari non poſſe adhuc poſt ſuam conſtitutionem , quia certo judicio debet quis pro tutela ſuæ poteſtatis cavere : ergo certas ultimas diſpoſitiones incertis perſonis collatas utiles eſſe cenſet. Sed dicet quis noſtram conſtitutionem ad jus circa alienum poſthumum olim ſtatutum (cujus meminit §. *anteced.*) pertinere , tum quia refert veteris juris ſubtilitatem circa emendationem fideicommiſſi in alieno autem poſthumo jure digeſtorum utiliter conſiſtebant, *l.* 2. *de jur. C. l.* 5. *in fin. de reb. dub.* neceſſarium eſt , ut de incertis perſonis , quibus fideicommiſſum relinqui non poterat , intelligatur. Ex quibus evidenter evincitur veteris juris ſubtilitatem circa ultimæ voluntatis diſpoſitiones in incertas perſonas collatas penitus improbare , eâdem ratione nixus , quâ veteres hæredi legati aut fideicommiſſi repetitionem denegabant ; ſic poſt Bartholum & Socinum in *l.* 5. *de reb. dub.* docet Donellus 6. *cap.* 17. *&* *lib.* 6. *cap.* 12. *tit. X.* qui contendit novæ Juſtiniani conſtitutioni locum eſſe ſolùm, cùm incertitudo vertitur circa accidentalia perſonæ , veluti ſi teſtator ei , quem numquam vidit (eſt tamen ei notus famâ , virtute , vel conſanguitate) hæreditatem , legatum , aut fideicommiſſum relinquat juxta *l.* 11. *C. de hæred. inſt.* §. *ult. inſt. eod.* Egregiè tamen fallitur , nam is , quem numquam teſtator vidit , dummodò ei aliquâ ratione notus ſit , incertus dici non poteſt penes animum teſtatoris , ut rectè conſiderat Oroz *lib.* 1. *cap.* 7. *num.* 27. ac proinde etiam olim capere ex teſtamento poterat , ut non ineleganter antecedenti ſpecie docet Africanus in *l.* 46. *de hæred. inſt.* & probat diſertè textus in *d. l.* 11. *C. de hæred. inſt.* ſuam autem opinionem fulcire nititur Oſſualdus ex *l.* 24. *C. de Epiſc. & Cler.* ubi Imperatores Valentinianus & Marcianus ita reſcribunt , *id, quod pauperibus teſtamento , vel codicillis relictum fuerit , non ut incertis perſonis relictum evaneſcat , &c.* Ex quo reſcripto colligitur adhuc jure Codicis viguiſſe jus de legatis incertis perſonis relinquendis. Verùm ex hoc textu non rectè arguit , ſicut nec ex *l.* 7. *C. eod.* ubi extat alia ſimilis conſtitutio Imperatoris Leonis & Antemii. Poterat autem acutè inſurgere ex *l. ſi quis* 49. *C. de Epiſc. & Cler. & ex Novell.* 132. *cap.* 18. *eod.* ubi ſtatuit Juſtinianus , quod ſi quis ad declinandam legem Falcidiam captivos , vel pauperes ſcripſerit , vel inſtituerit, inſtitutio hæc , quæ jure communi ſubſiſtere nequit , tanquam in perſonas incertas collata pietatis intuitu aſylum confugiat ; ergo adhuc poſt Juſtiniani conſtitutionem manſit jus vetus de incertis perſonis non inſtituendis. Robuſtior redditur difficultas ex *d.* §. 27. ubi Juſtinianus non aſſerit abſolutè jus vetus correxiſſe , ſed non penitus illud ſine juſtâ emendatione reliquiſſe ; ergo non ſimpliciter , ſed aliquatenus jus antiquum emendavit , ſcilicet in ſpeciali caſu *d. l.* 49. ſed omiſſis , quæ tradit Acoſta in *cap. ſi pater de teſtam. lib.* 6. 1. *part. verb: pauperes* , ultrà omnes difficultas hæc ita diſſolvenda, diſcrimen conſtituendo inter certas perſonas penes animum teſtatoris , incertas tamen penes noſtram opinionem , quibus ſive vetus , ſive novum jus inſpiciamus , deficiente probatione, nec legatum , nec hæreditas , nec fideicommiſſum deferri poteſt ; quapropter pauperum inſtitutio tanquam collata in perſonas incertas non modò penes animum teſtatoris , ſed penes noſtram opinionem , ſummis juris regulis inſpectis , procul dubiò ex defectu probationis redderetur inutilis, pietatis verò intuitu ſubſiſtit ex novis conſtitutionibus , quæ viam inducunt , quâ poſſit huic incertitudini occurri. Nec tunc urget augmentum difficultatis , nam ex *d.* §. potiùs evincitur , ut jam dictum eſt, Juſtinianum non in uno , vel aliquo caſu , ſed generaliter jus antiquum ſubrogare , ſicut & totam legis Fuſiæ diſpoſitonem , ut conſtat ex *l. un. C. de leg. Fuſia Canin. toll.*

CAPUT OCTAVUM.

An legata , & fideicommiſſa incertis perſonis relicta , ſi ſoluta fuerint per errorem repeti poſſint , vel non ?

HUc uſque ſatis probatum manet legata & 1
fideicommiſſa incertis perſonis relicta , cæteraſque diſpoſitiones effectum habere non poſſe. Nunc quæritur , an ſi hæc legata ſoluta fuerint , repetitio concedatur ? atque Juſtinianus in *d.* §. *incertis* 25. *legata aut fideicommiſſa per errorem ſoluta repeti non poſſe , ſacris conſtitutionibus cautum fuiſſe ;* nam cùm ratio , ob quam hujuſmodi legata , vel fideicommiſſa erant inutilia , eſſet , ut patet , merè civilis , non potuit impedire , quod ex his naturalis oriretur obligatio , quæ excludit condictionem indebiti *l.* 13. 19. *&* 32. *de condict. indeb.* inutilia enim erant ex defectu cauſæ impulſivæ relinquendi , quamvis jus civile deſiderabat in quacumque ultimæ voluntatis ſpecie , jus verò naturale utpote ſimplicius ſolùm exigit teſtatoris voluntatem , quæ ab æquitate non abhorret , & ei aſſiſtit naturalem obligationem inducens , quæ ideo ex conſenſu & æquitate oriri dicitur *l.* 84. §. 1. *de reg. jur.* legatum autem incertis perſonis relictum continet voluntatem teſtatoris , cujus implemento fidem ſuam adſtringere creditur hæres per aditionem hæreditatis , nec æquitati diſſonat ; quæ enim iniquitas in eo , ut verificatâ demonſtratione legatum præſtetur ? Rectè ergo ſtat hujuſmodi legata & fideicommiſſa per errorem ſoluta repeti non poſſe. Verùm ſic graviter argui poteſt : ſi ex hujuſmodi legatis naturalis naſceretur obligatio , ſupervacuæ forent ſacræ conſtitutiones,quibus hæredi repetitio prohibita fuit, cum jure communi naturalis obligatio repetitionem impediat, ne ergo dicamus ſacras conſtitutiones ſupervacuas fuiſſe , meliùs dici poteſt

ex

ex hujuſmodi legatis nec naturalem quidem obligationem otiri. Sed teſpondendum eſt adhuc datâ naturali obligatione, conſtitutiones ſupervacuas non fuiſſe, quia cum D. Adrianus decreviſſet hæc legata nec militari teſtamento confecta poſſe telinqui, ne forſan aliquis exiſtimaret eo reſcripto naturalem obligationem, quæ ex his deſcendit, improbatam fuiſſe; enixæ ergo fuerunt præfatæ conſtitutiones ad declarandum reſcriptum D. Adriani, ut intelligeretur ex his legatis deſcendentem naturalem obligationem parere adhuc retentionis effectum, & repetitionem impedire; ex quibus refellenda quorumdam opinio, quibus ſuffragatur Orox *lib. 5. cap.* 10. *num. ult.* exiſtimantium noſtri textûs ſententiam tunc demum procedere, cum hæres juris errore deceptus legata incertis perſonis relicta ſolvit; aliud verò obtinere, ſi per facti ignorantiam ſolvit; nam naturalis obligatio, quæ ex his legatis oritur, nullo errotis diſcrimine habito, repetitionem impedit, ut fundat Pichardus in *§. is quoque inſt. quib. mod. re contrah. obligat. num.* 35. *&* 36. & error juris in veriori ſententia, quam ex aliis nervosè defendit D. Didacus de la Serna *exercit.* 2. *per tot.* adhuc ceſſante naturali obligatione repetitionem impedit. Sed contra hanc doctrinam adhuc argui poteſt ex eo, quod hæres jure naturali tenetur integra legata præſtare, etſi excedant dodrantem bonorum, quamvis jure civili non teneatur ratione Falcidiæ, & tamen ſi per errorem integra legata ſolvat, habet repetitionem *l. regula* 9. *§.* 5. *de jur. & fact. ignor. l.* 68. *§.* 1. *ad Trebell. l.* 9. *C. ad Falcid. §. ſed quia* 7. *de fideic. hæred.* ergo pariter legatum incertis perſonis relictum licèt naturalem producat obligationem, per errorem ſolutum condici poterit. Cui difficultati, omiſſis pluribus ſolutionibus, reſpondet Duarenus in *paraphr. ad tit. ff. ad leg. Falcid. cap.* 4. legata ultra dodrantem hæreditatis nec civili, nec naturali jure deberi ex defectu æquitatis; naturæ enim æquum non eſt; quod qui in hæreditate continetur, extorqueri poſſit ab hærede, qui oneribus hæreditatis implicatur. Verùm hæc ſolutio facilè convincitur ex eo, quod in *l.* 62. *de condict. indeb. l.* 5. *§.* 15. *de donat.* & aliis locis inſcriptum eſt eum, qui, omiſsâ Falcidia, ſciens legata ſolvit, non videtur plus debito ſolvere, quod cùm de civili debito intelligi non poſſit propter legem Falcidiam, de naturali procul dubiò erit accipiendum, ergò legata ultra dodrantem hæreditatis ſaltem jure naturali debentur. Quapropter ex iiſdem principiis alio meliori modo reſpondeti poteſt, quod licèt hæres jure naturali teneatur ad ſolvenda integra legata ex voluntate teſtatoris ultra dodrantem; huic tamen naturali obligationi jus civile denegat repetitionis effectum ex defectu æquitatis, quia iniquum eſt hæredem, qui ſolus onera hæreditatis ſubire tenetur, nihil, aut parum ex hæreditate retinere. Qood confirmari poteſt tom exemplo mulieris intercedentis, cujus naturalem obligationem ad effectum retentionis adimit S. C. Velleyanum inconſultæ ſexûs muliebris fragilitati occurrens, *l.* 16. *ad Velleyan.* tum etiam exemplo pupilli, cujus naturalis obligatio quoad effectum retentionis improbatur *l.* 41. *de condict. indeb.* Non idem dici poteſt de legatis incertis perſonis relictis, quæ quia continent voluntatem teſtatoris, quæ æquitati oon adverſatur, naturalem obligationem producunt eum effectu retentionis, & per errorem ſoluta repeti noo poſſuot. Ex qua doctrina rejectâ emendatione Cujacii facilè intelligitur ſententia Ulpiani in *fragm. tit.* 24. *de legat. §. ult.* ibi: *legatorum perperam ſolutorum repetitio non eſt;* quæ & docetur à Gaio in *l. tutor* 13. *§.* 2. *de adminiſtr. tut.* accipienda enim eſt de legatis, quæ licèt jure civili non debeantur, naturalem tamen obligationem producunt noo improbatam jure civili, quæ perperam per errorem ſoluta repeti non poſſuut.

Verùm huc uſque dictis obſtat textus in *l.* 2. *fideicom.* 7. *C. de condict. indeb.* ubi aiunt Imperatores, quod ſi legatum vel fideicommiſſum indebitum per errotem facti ſolutum ſit, repetitio danda eſt: ergò non rectè aſſertum eſt legatum incertis perſonis relictum, & per errorem ſolutum reperi non poſſe. Reſpondent Interpretes huic difficultati, eum textum intelligi debere de legato, vel fideicommiſſo relicto in teſtamento imperfecto, quod ſi per errorem ſolutum fuerit, repeti poteſt. Verùm hæc intelligentia convincitur ex *l.* 2. *&* 23. *C. de fideicom. l. ult. C. ad Falcid.* in qoibus legatum vel fideicommiſſum relictum in teſtamento, quod alicujus ſolemnitatis defectum patiatur, non repetitur: ergo prædicta ſolutio ſuſtineri nequit. Quapropter ut germanam horum jurium iotelligentiam eliciamus, inquirere neceſſe eſt, an naturalis obligatio oriri poſſit ex legatis, vel fideicommiſſis in teſtamento minus ſolemni relictis; quâ in re aſſero cum Oſſualdo 6. *cap.* 9. *lit. A.* in prædictis legatis nullo modo oriri poſſe naturalem obligationem; quod prædictus auctor ſequentibus fundamentis firmat, & probat. Primò quia omnis actûs perfectio in duobus conſiſtit, voluntate ſcilicet, & poteſtate, neutrum autem ſioe altero obligationem ullam producere poteſt *l.* 6. *C. ſi quis alteri, vel ſibi*; quemadmodum itaque incapacis, prodigi, inteſtabilis ob carmen famoſum, verb. grat. voluntas non obligat etiam naturaliter ob defectum poteſtatis, ita nec capacis erit obſervanda. Secundò, nam defectus ſolemnium arguitur ob defectum voluntatis, quia jus præſumit teſtatorem de eo, quod lex jubet, cogitare, argumento *l.* 38. *de acq. hæred.* Debuit itaque teſtator ſcire, qood leges inquirunt id, cùm non fuerit pœnitentiâ ductus, nec in volontate perdurare cenſetur, argumento *l.* 11. *de injuſt. nups. l.* 18. *de legat.* 3. Ex quibus rationibus colligitur naturalem obligationem in prædictis legatis nullo modo conſiderari poſſe, itaque rectè aſſerumt Imperatores in *d. l.* 7. quod legata, aut fideicommiſſa per errorem facti ſoluta repeti poſſint, qood voluiſſe exiſtimo Papinianum in *l.* 54. *de condict. indeb.* ubi ſic ait: *ex his cauſis, quæ jure non valuerunt, ſecutâ ſolutione per errorem condictioni locus erit;* intelligendus eſt Papinianus de his legatis relictis in teſtamento, quod aliquo vitio ſolemnitatis laborat; quæ quidem non poſſunt habere effectum, ſicuti nec fideicommiſſum, quæ quidem licèt ab inteſtato relinqui poſſint, tametſi eſſent ab initio teſtamento relicta, ipſo oon valente, nec ea poterunt valere, ut expreſſè docet Paulus in *l. ex ea* 29. *de teſtam.* quod

eriam militat in libertate teſtamento relictâ, quæ non debetur, niſi teſtamentum valeat *l. 23. de manum. teſtam. l. 24. §. ex teſtam. de fideicom. liber.* niſi in his caſibus addita ſit codicillaris clauſula, conſtetque teſtatorem voluiſſe, ut talis diſpoſitio quocumque modo ſubſiſteret; textus ſic intelligendi in *l. in teſtam. 38. de fideicom. liber. l. 81. de legat.* 2. Nec obſtat textus in *d. l. 2. & 23. C. de fideic. liber. & l. ult. C. ad Falcid.* in quibus juribus denegabant Imperatores repetitionem legatorum, vel fideicommiſſorum, quæ relicta in teſtamento minùs ſolemni, per errorem fuerint ſoluta: nam reſpondendum eſt denegari repetitionem in prædictis juribus, non quia aliqua ſit naturalis obligationis umbra, ſed ob factum hæredis voluntatem illam teſtatoris juris effectu deſtitutam ſuo judicio approbantis; quæ ratio ſi attentè perpendatur, ex prædictis juribus manifeſtè elicitur: obſequium ergo hæredis erga defunctum eſt cauſa, ut repetitio deoregetur, textus in *l. 30. C. de fideicom. & l. 5. ſi quis rogatus de donat. inter.* non verò obligatio naturalis, ſicuti filius exhæredatus, qui poſtquam agnovit judicium patris, quærelâ uti non poteſt *l. ult. C. de inoff. teſtam.* Deinde aut ſcit hæres hujuſmodi legata præſtans teſtamentum eſſe minùs ſolemne, & impeditur tunc conditio non ob naturalem obligationem, ſed ob ſcientiam *l. 2. & 50. de condit. indeb.* donare enim videtur, aut neſcit, & tunc errat in jure, quo caſu non poteſt repetere *l. 9. de jur. & fact.* aut errat in facto, quo caſu condicere poteſt *d. l. 7. de condit. indeb.* ita Oſſualdus *cap. 9. lit. A.*

3 Quamvis ex adductis principiis certum ſit fideicommiſſum, vel legatum in minùs ſolemni teſtamento relictum, & per errorem ſolutum repeti poſſe, utpote quia naturalis obligatio non adeſt; attamen Juſtinianus in legatis relictis venerabilibus, & piis locis conſtituit, ut ſi per errorem ſoluta fuerint, repeti non poſſint *§. fin. inſt. de obl. quæ ex quaſi contr.* Ratio hujus conſtitutionis, quia ſolutum ex his cauſis, ex quibus actio per inficiationem creſcit, in duplum repeti non poteſt *l. 4. C. de condit. indeb.* Cùm autem actio ex teſtamento ad petenda talia legata per inficiationem creſcat in duplum, ut ait Juſtinianus in *§. 19. & 23. inſt. de action.* inde eſt, quod horum legatorum repetitio denegetur. Quod ut meliùs intelligatur, ſciendum eſt actionem in duplum creſcere non poſſe in legatis omnibus, ſed ſolùm in illis, quæ per damnationem relicta fuerunt: ratio autem eſt, quæ in hujuſmodi generis legato enixa inveniebatur voluntas teſtatoris erga hæredem, quem nominatim damnavit, ideóque hæres inficians legatum, in duplum ipſius erit condemnandus; quia non paruit teſtatori enixè imperanti. Ad hanc ſpeciem referendus eſt textus ſingularis in *l. ſi hæredes 25. §. 17. verſ. idem ff. fam erciſc.* & textus in *l. alienus fundus ff. ad Falcid.* in quibus locis agunt Conſulti de legato per damnationem relicto, & aſſeverant actionem per inficiationem in duplum creſcere. Nec huic principio obſtat elegans textus in *l. 5. de act. empt.* cujus hæc eſt ſpecies: hæres teſtamento fuit damnatus aliquam rem vendere, Lucio Titio vendidit hæres illam rem; quæritur an emptor habeat actionem ad acceſſiones illius rei venditæ? Et reſpondet Conſultus actionem ex teſtamento, & ex empto emptori dandam eſſe contra venditorem: progreditur, & quærit, quid ergo ſi falsò exiſtimaverit, quod damnatus fuiſſet hæres ad rei venditionem, & cum jam vendidiſſet, voluit emptor ad acceſſionem agere, datur ei actio ex teſtamento, aut ex empto? Negat Paulus, quia doli mali exceptione ſubmoveri poteſt emptor, quemadmodum inquit, ſi hæres falsò exiſtimaverit, quod damnatus fuiſſet aliquid dare Lucio Titio, & id promiſiſſet per ſtipulationem; nam ſi conveniatur hæres, poterit repellere Lucium Titium exceptione doli mali; & ex Pomponii ſententiâ agere poterit hæres adversùs eum conditione incerti, ut liberetur ab obligatione, quam per ſtipulationem contraxit: ergò ex hac ſententia etiam habebit repetitionem: probatur conſequentia, quia caſu quo competit conditio incerti ad liberationem, competit conditio indebiti ad repetitionem, & contra *l. 3. C. de condict. indeb.* ſed Conſultus dat repetitionem, ergo pariter condictio danda erit. Cui difficultati reſpondendum eſt, ideò in præfata ſpecie competere condictionem incerti ad liberationem, quia ut procedat diſputatio *dict. §. 1.* neceſſarium eſt, ut ex cauſa, ex qua debeatur, conſtet quid petitur, quamvis à ſolvente non debeatur, ſed ab alio, vel ab eodem indebito, verb. grat. ſi legatum fuiſſet relictum in teſtamento imperfecto, cùm autem in *dict. l. 5.* non inveniatur legatum relictum ab aliquo, ſed ſola erronea hæredis opinio fuit cauſa cautionis interponendæ, inde eſt, ut competat condictio incerti, quamvis autem verum ſit ex dictis, in prædictis legatis ceſſare repetitionem, tamen cum ex Juſtiniani ſanctione, de qua in *l. 1. C. commun. de legat.* ſublata ſit legatorum differentia, ſupra tradita doctrina ſubſiſtere non poteſt ex piis certis legatis, in quibus adhuc viget & dupli per inficiationem pœna *d. §. 19. & 23. inſt. de act.* quæ in perfecto teſtamento fuerint relicta, repeti non poſſunt ex ſententia Juſtiniani in *d. §. fin.* quam conſtitutionem aſſeruot reperiri in *d. l. 2. C. commun. de legat.* ſed hoc falſum eſt, ut ait Cujacius *in recit. ad text. in l. 1. de legat. 1. in fin.* qui opinatur hanc fuiſſe conſtitutionem græcam, quæ deſideratur in *tit. de Epiſc. & Cler.* fuitque *l. 45.* in qua etiam ſtatuitur, ut ſi non ſolvatur intrà annum quod relictum eſt piis cauſis, dupletur, docet etiam ipſe Cujacius *de præſcript. cap. 20.*

Ex his, quæ diximus naturalem obligationem efficere, ut ſolutum per errorem repeti poſſit, provenit, verum debitorem judicato abſolutum, ſi poſtea ſolvat repetere non poſſe *l. Jul. 60. l. 28. de condict. indeb. l. 8. §. 1. in fin. rem rat. hab.* Ratio ea eſt, quia verus debitor abſolutus adhuc naturâ debitor permanet, quoniam ſententia, ſeu res judicata, quâ abſolvitur, naturale debitum non tollit, quod, ut anteà dixi, ſatis eſt, ne tanquam indebitum repetat *d. l. 13. l. 19. l. 64. de condict. indeb.* quod ſecùs procedit ex juramento, itaque verus debitor, deferente adverſario, jurans ſe dare non teneri, ſi deinde id ipſum ſolvat, poteſt repetere ut indebitum *l. 43. de condict. indeb.* Ratio ea eſt, quia vero debitore jurante ſe non debere, etiam obligatio naturalis tollitur 4

litur *d. l. ult. de jur. jur.* ibi; naturalis obligatio hac pactione tollitur *l. Sticorum 95. §. naturalis 4. de ſolut.* ratio rationis differentiæ inter juſjurandum, & judicatum eſt, quod jurisjurandi delatio, aut relatio voluntaria omnino, & libera, per quam quis adverſarium, cui jusjurandum defert, aut refert, judicem adverſarium ſuum ſponte facit *l. 1. quar. rer. act. non det.* operatur, aut efficit, ut creditor jusjurandum debitori deferens cenſeatur convenire, ut diſcedatur ab omni controverſia, ſi juratum ſit, & perinde etiam à naturali obligatione, ideoque & ipſo jure vi conventionis juſtæ, quæ jurijurando ineſt *d. l. ult. & 29.* docet Hothomanus 4. *obſ. cap.* 15. Petrus Faber 2. *ſent. cap.* 6. Itaque imputet ſibi creditor, qui jusjurandum ultrò deferens realem ſatisfactionem amiſit *l. 5. §. ult. l. 6. §. 1. quib. mod. pign. ſolv.* at verò in debitore per ſententiam, ſeu rem judicatam abſoluto nulla conventio, aut ultronea naturalis obligationis remiſſio eſt, quæ creditori imputari poſſit, quia conventio illa tacita judicii accepti, ſive conteſtati, quamvis in judicato, & controverſiæ tollendæ *l. 3. §. idem ſcribit de pecul. l. 21. §. 1. de nov. oper. nunt.* eſt tamen involuntaria, & neceſſaria ex parte actoris non ſponte, ſed ex neceſſitate judicium dictantis *l. ult. de ſeparat. l. 22. de tut. & rat. diſtr.* nec pro ſatisdatione pro creditore judicatum cedit *l. 13. §. etiam in fin. de pign.* Itaque ſicut creditor non cenſetur jura, nec acceſſionem actionis in judicium deductæ remittere, & in cauſam judicati transferre, ſed potiùs retinere *l. 29. de novat. l. 86. cum ſeq. de reg. jur.* ita & multò minùs naturalem obligationem remittere eleganter docuit Papinianus in *l. 50. §. etiam.* Itaque quoad effectum naturalis obligationis, & repetitionis majorem autoritatem eſſe jurisjurandi, quàm judicati, licèt quoad jura ingenuitatis, & patronatûs major autoritas ſit judicati, quàm jurisjurandi *l. ſi juravero 14. de jur. patron.* Ratio eſt, quia in diſſolvenda naturali obligatione, quæ conſenſûs, & æquitatis vinculum eſt, plus meritò operatur voluntaria jurisjurandi conventio deferentis, quàm civilis, & neceſſaria judicati *d. l. 95. naturalis 4.* at verò in juribus patronatûs, & libertinitatis, quæ ex conſenſu & diſſenſu liberti non pendent, plus meritò tribuitur civili, & publicæ autoritati judicati, quàm privatæ, & voluntariæ delatorii jurisjurandi *l. 23. §. 7. de recept. arbitr. l. 37. de lib. cauſ.* Sed adversùs hanc doctrinam duæ difficultates inſurgunt; prima eſt, cur cùm res-judicata habeatur pro veritate, contra quam quæſtioni locus non eſt *l. ſervo 65. §. cum Prætor ad Trebell.* adeò ut ſi injuſtè condemnatus ſit qui non debet, non poſſit ſolutum repetere, tanquam.

Reliqua, ut conjectari licet, perpauca deſiderantur.

DON JOANNIS PUGÆ ET FEIJOO

JURISCONSULTI,

ET PRIMARII ANTECESSORIS SALMANTICENSIS,

TRACTATUS ACADEMICUS VII.

De Servo Pignori dato manumiſſo.

CAPUT PRIMUM.

De Servo ſpeciali pignore, vel hypotheca expreſſa, ſeu tacita affecto à debitore manumiſſo.

1 MANUMITTENDI ſervos facultatem, quam jure gentium dominis permiſſam conſtat, civilibus legibus ſæpè cernimus impeditam, ut conſtat ex *tot. tit. digeſt. Qui & à quibus*, inter quas eminent quæ ſervi pignori manumiſſionem remorantur; quam juris partem utpote arduam, parumque tritam illuſtrandam ſuſcipio; verùm prius quam rem ipſam aggrediar, principia non nulla præmittere neceſſe puto. Sciendum eſt ergo pignus re contrahi *l. 1. §. creditor. 6. de oblig. & act. §. ult. inſtit. quibus mod. re contrah. oblig.* traditione ſcilicet, cujus vi, nec dominium, nec uſus rei pignoratæ in creditorem transfertur, ſed ſola poſſeſſio *l. qui pignoris 36. l. res pignoris 37. de acquir. poſſeſſ.* Docet Valentia *lib. 1. illuſtr. tract. 2. cap. 11. per tot.* ex quo fluit debitorem, utpote dominum rem pignoratam poſſe alienare, ſalva manente pignoris cauſa *l. juſto errore 44. §. non mutat 5. de uſucap. l. alienatio 67. de contrah. empt. l. 1. §. cum prædium 2. de pignor.* & creditori ratione juris quod habet in rem, ſcilicet poſſeſſionis, competere vindicationem pignoris contra tertios poſſeſſores *l. ſi fundus 16. §. in vindicatione 3. l. pignoris 17. de pignor. l. pignoris 18. C. eod. tit.* Hæc obtinent jure civili, quo inſpecto pignus traditione contrahitur. Cœterum jure prætorio nuda etiam conventione conſtituitur *l. ſi tibi 17. §. de pignore 2. de pactis l. 1. in princ. & §. 1 l. ſi rem 9. §. proprie 2. de pign. act. l. contrahitur 4. de pignor.* utilitatis cauſa, nam cum frequentiſſimus ſit pignoris contractus, & ſummè neceſſarius, grave ſane eſſet eos, qui rei familiaris urgente neceſſitate mutuas pecunias ſumunt, aut aliam obligationem contrahunt, cogi rerum, quas pignoris nexui ſupponunt in creditorem transferre poſſeſſionem, & eis quodam modo carere uſque dum creditori ſatisfacerent. Id equidem Prætorem movit, ut nudâ conventione pignus conſtitui permitteret, eandem ſecuritatem præſtans creditori, quam habet, cùm pignus traditione contrahitur, itaque ei actionem in rem hypothecariam conceſſit contra extraneos poſſeſſores *l. ſi cum venditor 66. de evict. dict.* l. 18. C. de pignor. §. item Serviana 8. inſtit. de actionib.* Quare jure Prætorio attento, ſive pignus tradatur, ſive nuda conventione conſtituatur, jus in re creditor habet, & actionem in rem ad pignus à quocumque poſſeſſore vindicandum.

His ſuppoſitis, pro concluſione ſtatuo ſervum 2
ſpecialis pignoris nexui ſuppoſitum à debitore, in cujus adhuc manſit dominio *l. cum & ſortis 35. §. ult. de pign. act. l. 1. §. ſervus 3. ad Syllan.* manumitti non poſſe *l. ſervus 3. digeſt. de manumiſ. l. ſi pater 4. §. ult. de manum. vind. l. cum hæreditas 5. §. ult. l. pignoris 26. l. in fraudem 27. §. ul. qui & à quibus l. fratres 33. de pænis l. 1. 3. 4. 5. & 6. C. hoc noſt. tit.* hujus concluſionis ratio ea eſt, nam cùm debitor non poſſit deteriorem facere pignoris conditionem *l. debitorem 15. C. de pignor.* abſurdum eſſet, ut

ut pignoris extinguendi facultas ex arbitrio penderet, conſtat verò quod ſi valeret manumiſſio facta à debitore, pignus extingueretur *l. grege* 13. §. *ſtatu liber* 1. *de pignor.* nihil enim eſt tam contrarium libertati, quam vinculum *l. Titio centum* 71. §. *Titio centum* 2. *de condit. & demonſt.* junctis quæ tradit D. Amaya *lib.* 1. *obſerv. cap.* 6. implicat omninò, ut ſervus liber fiat, & ut civile pignoris vinculum perſeveret, cum liber homo omninò extra commercium ſit *l.* 1. §. *ſi id* 9. *de oblig. & act. l. inter ſtipulantem* 83. §. *ſacram* 5. *l. liber homo* 103. *de verb. oblig. l. ob as* 12. *C. de obligat. & act.* §. *idem juris* 2. *inſtit. de inutilib.* Accedit & illud, nam licet debitor ſit dominus pignoris, non tamen ſic pignus habet in manu, ut non poſſit invito ei eripi per creditorem, cui non aliundè ſatisfiat *l.* 1. *& per tot. C. debitor. pign. vend. imped. non poſſe.* Nemo autem id videtur habere, quod ei aliquo caſu juſtè auferri poſſit *l. ſi ſervus* 21. §. *& ideo* 2. *de evict ion.* Deinde cum ex cauſa pignoris poſſeſſio in creditorem transferatur, negari meritò poteſt ſervum pignori datum eſſe in manu debitoris, cùm ſit in poſſeſſione & poteſtate creditoris, manus enim non tam dominium ſignificat quam poteſtatem & poſſeſſionem *l. qui nec* 48. *de verb. ſignif.* ſicut & poteſtatis verbo ut plurimum præſentis corporis copiam facultatemque ſignificamus *l. poteſtatis* 215. *eod. tit.* proindè mirum non eſt hunc ſervum pignori ſpecialiter obligatum qui in creditoris manu, & poteſtate eſt à debitore manumitti non poſſe, docet ſubtiliter Anton. Faber *in juriſprud. Papin. tit.* 5. *princ.* 1. *illat.* 3. *& tit.* 3. *princ.* 2. *illat.* 6.

3 Sed adversùs rationem deciſivam concluſionis ſic poteſt argui. Non implicat ut ſervus pignori datus liber fiat, & ut vinculum pignoris perſeveret, ergo quemadmodum poteſt à debitore alienari ſalva manente pignoris cauſa *l. ſi conveneris* 18. §. *ſi fundus* 2. *de pign. act.* ſic pariter & poterit manumitti. Antecedens probatur; liberum enim hominem eſſe in commercio patet, tum ex eo quod vendi poteſt *l. & liberi* 4. *cum l. ſeq. l.* 6. *l. ſi in emptione* 34. §. *liberum* 2. *l. liberi* 70. *de contrah. empt. l. minor.* 39. §. *pater* 3. *de evict ion. l. ſi tibi* 25. *C. eod. l.* 2. *dig. Quibus ad libert. proclam. non licet cum aliis* §. *ult. inſtit. de empt. & vendit. junct. l. ſed & quod* 9. §. 1. *de pignor.* Tum etiam quia qui liberum hominem ab hoſtibus captum redimit, in eo jus habet pignoris, uſque dum ipſi redemptionis pretium refundatur *l. qui teſtamento* 20. §. 1. *de teſtam. l. Senatus* 43. §. *ult. de legat.* 1. *l.* 3. §. *ſi quis* 3. *de libero hom. exhib. l. ſi patre redempto* 15. *l. ſi quis* 21. *de captivis. l.* 2. *cum aliis C. de poſtlimin. reverſ.* ergo cum liber homo poſſit eſſe in commercio, & in eo pignus conſiſtat, ſervus pignori datus poteſt manumitti ſalvo manente pignore. Priori difficultati reſpondeo omiſſo Cujacio ad *dict. l.* 4. *C. de contrahend. empt.* Liberi hominis ſicut & cæterarum rerum, quæ à commercio ſunt exemptæ nullam eſſe venditionem, etſi inter ignorantes contrahatur, & nullam directam actionem emptori competere, non ſolum ad hoc ut liber homo acquiratur, ſed nec ad intereſſe petendum, quod procedit ſummo jure; ex æquitate tamen ignoranti emptori utilem actionem ex empto accommodari, ut conſequatur, quod ſua intereſt deceptum non eſſe, contractus itaque qui non valet vi actionis directæ *l. qui officii* 62. §. 1. *de contrah. empt.* efficax tamen eſt ex mera æquitate producendæ actioni utili ſeu in factum *l. oſſa* 8. §. 1. *de religioſ.* argumento textus in *l. ſi ſterilis* 21. *in princ. de act. empt.* quo ſenſu accipiendi ſunt textus ſuperius adducti, docent Pacius *Centur.* 3. *quæſt.* 7. Oſſuald. 12. *comment. cap.* 20. *litter. H.*

Secundæ difficultati ut reſpondeam, animadverto, quod ad hoc ut cives ad redimendos cæteros, qui ab hoſtibus capiebantur; allicerentur, jus pignoris naturalis inductum fuit, quod redemptores in corpore captivorum conſequebantur, cum propria pecunia eos ab hoſtibus reluebant *dict. l.* 2. *C. de poſtlimin. reverſ.* quo poſito dicendum eſt redemptum, quandiu jus pignoris in eo durat, in eodem ſtatu eſſe, in ea conditione, in qua erat in captivitate, id eſt, gaudere ſuſpenſi juris conſtitutione propter ſpem reditus, itaque eo tempore recuperabit priſtinum ſtatum, quo ſe reluat, aut aliter jus pignoris extinguatur, redemptio enim, ut ait Ulpianus in *l. ſi captivus* 20. §. *redemptio* 2. *de captivis*, præbet tantum facultatem redeundi ad proprios Penates & reviſendi charam patriam, non verò jus poſtliminii immutat, quare manente jure pignoris, non magis civis aut ingenuus dici poteſt, quam durante captivitate *dict. l.* 20. §. 1. *de teſtam.* Extincto vero pignore, ex poſtliminio priſtina jura recipit *l. qui ſtatus* 8. *de re milit. l.* 5. 6. 8. *&* 16. *de poſtlim. reverſ. l.* 1. §. *ſi filius* 4. *de ſuis & legit. hæred.* Docet D. Retes *lib.* 6. *opuſc. cap.* 13. *per tot.* unde nihil mirum pignus naturale in redempto conſiſtere, cum eo tempore conſiſtat, quo ipſe ſervus adhuc eſt. 4

Deinde adversùs noſtram concluſionem arguet ſic aliquis; ſervus venditus, vel promiſſus poteſt à debitore manumitti *l. eum qui* 18. *de manumiſſ. l. ſi ſervum* 91. §. 1. *de verb. oblig. l. ſi quis ſervum* 23. *de action. empti. l. ſi ancillam* 11. *C. eod. l.* 2. *&* 3. *C. de his qui à non dom. manum. ſunt*; quemadmodum & hæres ſervum ſuum à teſtatore legatum rectè manumittit *l. ſi quis inquilinos* 112. §. 1. *de legat.* 1. §. *ſi res legata* 16. *inſtit. de legat.* Quin imò & ſervum teſtatoris legatum ſeu per fideicommiſſum relictum rectè manumittit *l. quidam* 25. §. *ſi quis filium* 2. *ad Trebellian. l. ſi hæres* 70. §. 1. *eod. tit. dict. l.* 91. §. *de illo* 2. *de verb. oblig.* ergo fortiori ratione debitor ſervum pignori datum poterit manumittere maximè cum nulla injuria creditori inferatur. Ponendum eſt enim debitorem eſſe ſolvendo, & ex aliis bonis creditorem poſſe ſuum creditum conſequi, aliàs ex lege Ælia Sentia inutilis eſſet manumiſſio, utpote in creditoris fraudem facta. Reſpondeo diſcrimen maximum eſſe inter ſervum debitum ex cauſa alicujus obligationis, & ſervum pignori datum. Creditor cui ſervus ex aliqua obligatione debetur non habet jus in re, ſed ad rem, quod non afficit rem in obligatione contentam, ſed perſonam obligati, ejuſque ſucceſſores *l. actionum* 25. *in princ. verſic. in perſonam de oblig. & action.* proinde non poteſt ſervi debiti impedire manumiſſionem. Creditor verò cui ſervus pignoratus eſt jus habet in re ratione poſſeſſionis, quod afficit non tam perſonam, quam rem ipſam pignoratam 5

l.

l. 2. *C. de pignor. dict. l.* 25. *verſ. in rem de oblig. & action.* ut dixi *num.* 1. Quapropter ſervi pignori dati impedit manumiſſionem. Qua doctrina retenta, facilem habent exitum textus in *dict. l.* 112. §. 1. *de legat.* 1. & in *dict.* §. 16. *de legatis*, in quibus ideo hæres ſervum ſuum à teſtatore legatum rectè manumittit, quia teſtator ſervum hæredis per vindicationem legare non potuit, ſed ſolum per damnationem, ut conſtat ex Ulpiano in *fragm. tit.* 24. *de leg.* §. *per vindicationem* 6. & §. *ſinendi* 9. ex cauſa verò legati per damnationem relicti, non jus in re, ſed ad rem conſequitur legatarius, & per conſequens non actionem in rem, ſed in perſonam *l. hujuſmodi* 84. §. *ædes* 4 *l. legatum* 116. §. *ult. de legat.* 1. *l.* 1. *C. commun. de legat.*

6 Ex eadem doctrina intelligendi ſunt textus in *dict. l.* 25. §. 2. & *in dict. l* 70. §. 1. *cum ſimilibus*, in quibus ideò hæres hæreditatem reſtituere rogatus ſervum hæreditarium manumittere poteſt, quia ex cauſa fideicommiſſi non jus in re, ſed ad rem acquirit fideicommiſſarius, & proinde non actionem in rem, ſed extraordinariam ſolum perſecutionem officio Prætoris fideicommiſſarii *l. pecunia* 178. §. *actiones* 2. *verſic. perſecutiones de verb. ſignif. cum aliis.* aliud ſanè dicendum eſſet ſi ſervum proprium teſtator per vindicationem legaſſet, tunc enim cum ex hujus legati cauſa dominium poteſtate legis in legatarium transferatur *l. legatum* 80. *de legat.* 2. ſervus legatus ab hærede manumitti non poteſt, textus ſic intelligendi in *l. ſervum* 11. *de manum. l. generaliter* 29. §. *ult. qui & à quibus.* Docet Valentia *lib.* 3. *illuſt. tract.* 6. *cap.* 2. *num.* 10. *cum ſeqq.* feliciùs quam Cujacius *lib.* 39. *digeſt. Juliani in dict. l.* 25. §. 2. & *lib.* 64. *Pauli ad edictum in l. ſi locus* 34. *de religioſis*, quem ſequitur D. Retes *lib* 8. *opuſc. cap.* 26. Ex eadem ratione debitor quamvis locuples & ſolvendo ſit, ſervum quem pignori dedit, manumittere nequit, quia creditor jus in eo obtinet, & licèt ex aliis bonis creditum conſequi poſſet, tamen maxima afficeretur injuria, ſi utilis eſſet manumiſſio, eo enim ipſo, quod ſervum ſpecialiter pignori accepit, ſatis indicavit ſe velle ea potiſſimum ratione cautum eſſe.

7 Duplex adversùs ſuperiorem doctrinam occurrit difficultas, prior ex *l. hæres* 28 *qui & à quibus*, ubi ait Paulus quod hæres ſervum proprium, quem teſtator legaverat, manumittendo nihil agit, ſecunda ex eo, nam poſt conſtitutionem Juſtiniani in *dict. l.* 1. *C. comm. de legatis*, nullum eſt diſcrimen inter legatum vindicationis & damnationis, ſed indiſtinctè ex cujuſcumque legati cauſa rei legatæ dominium & actionem in rem nanciſcitur legatarius, & tamen ex ſententia Juſtiniani in §. 16. *de legatis*, hæres ſervum ſuum à teſtatore legatum manumittere poteſt. Primæ difficultati (omiſſâ ſolutione quam tradit Oroz *lib.* 1. *de apicibus cap.* 10. *num:* 44. & alia quam tradit Valentia *ubi ſupra num.* 14.) reſpondeo id quod Conſultus ſcribit, ſcilicet, hæredem ſervum ſuum à teſtatore legatum manumittendo nihil agere, ad effectum liberationis, non ad effectum libertatis referendum eſſe, ut nihil agere dicatur, non quia ſervum liberum non faciat, ſed quia manumittendo non efficit, quominus obligatus maneat ad pretii præſtationem, ut conſtat ex juribus ſuperiori numero expenſis, ſive enim ſciverit, ſive ignoraverit ſervum legatum eſſe ejus facto accidit, ut ſervus commercio ſit exemptus, quod legatario damnum afferre non debet ex regula textus in *l. factum* 155. *de reg. jur.* Docent Donell. *lib.* 2. *comment. cap.* 18. Anton. Faber *in juriſprud. Papin. tit.* 5. *princ.* 1. *illat.* 5. Nec obſtat quod excuſatur ignorantia ejus qui ſervum indebitum ſibi datum manumiſit in *l. in ſumma* 65. §. *ſi ſervum penult. de condict. indeb.* nam indebiti condictio, utpote quæ ex bono & æquo introducta eſt, nihil revocare conſuevit præter iniquum lucrum *l. penult. eod. hoc tit.* Docet Valentia *ubi nuper num.* 13. Poſteriori difficultati reſpondeo quod adhuc poſt novam Juſtiniani conſtitutionem, ut ex cauſa cujuſcumque legati locus ſit in rem actioni, ponendi ſunt termini habiles: exigitur ut res legata propria teſtatoris fuerit, ut ipſe indicat Imperator paulò antè finem in *dict. l.* 1. *C. commun. de legat.* & juris correcta ratio expoſcit, id enim quod teſtatoris non eſt, non poteſt recta via tranſire ad legatarium, ut animadvertit Arnold. Vinn. in §. *ſed olim* 2. *inſtit. de legat. num.* 3. *circa finem.* undè cum in *dict.* §. 16. teſtator ſervum hæredem legaſſet, dominium ipſo jure non fuit legatario quæſitum, nec in rem actio acquiſita, quin potius dominium penes hæredem permanſit, qui ideo ſervum legatum manumittendo liberum facit, ſive ſciverit, ſive ignoraverit eum legatum eſſe.

Expendi adversùs ſuperiùs dicta poteſt tex- 8
tus in *l. cum hæreditas* 5. §. *ult. cum l. Julianus* 6. *qui & à quibus*, ubi ſi Titius nihil amplius in bonis quam Sthicum & Pamphilum habeat, & eos ſtipulanti Mævio ita promiſerit *Sthicum aut Pamphilum dare ſpondeo*, deinde cum alium creditorem non haberet, Sthicum manumiſerit, docet Julianus libertatem per legem Æliam Sentiam reſcindi, quamvis enim fuit in poteſtate Titii Pamphilum dare; tamen quamdiu eum non dederit, quia interim mori potuit, non ſine ſtipulantis fraude Sthicum manumiſit. Quod ſi ſolum Pamphilum promiſiſſet, Sthicum rectè manumitteret, quamvis ſimiliter Pamphilus mori poſſet, nam multùm intereſt, an ipsâ ſtipulatione contineatur is, qui manumittitur, an extra obligationem ſit? quam deciſionem ſequenti firmat exemplo: ſi ob aureos quinque Sthicum & Pamphilum debitor pignori dederit, cum uterque eorum quinum aureorum eſſet, neutrum manumittere poteſt, at ſi Sthicum ſolum pignori dederit, Pamphilum non intelligitur in fraudem creditoris manumittere in *l.* 6. Notat Scævola Julianum de eo loqui qui nihil aliud habet in ſubſtantia, nam ſi habeat, unum poterit manumittere, quia & uno mortuo ſolvendo eſt, & uno manumiſſo ſolvendo eſt, nec adventitii caſus computandi ſunt, alioqui & qui unum & certum ex ſervis ſuis promiſit, neminem poſſet manumittere. Ex quorum jurium prolixâ ſerie ſic argui poteſt. Julianus nullum diſcrimen agnoſcit inter ſervum alternativâ obligatione contentum, & ſervum pignori datum, quin imò expreſsè docet ex ea ſolam ratione Sthicum manumitti non poſſe, quia cum promiſſus ſit obligatione continetur: ergo falſa eſt diſtinctio huc uſque tradita inter ſervum promiſſum

Digitized by Google

promiſſum & ſervum pignori datom. Rursùs Scævola notat loqui Julianum de eo debitore, qui nihil aliud habet in ſubſtantia, nam ſi habeat unum ſervum, poteſt manumittere, ſed Julianus locutus fuerat de eo qui duos ſervos alternativè promiſerat, & de eo qui duos ſervus conjunctim pignori dederat : ergo ex mente Scævolæ debitor, qui ſolvendo eſt, non ſolum unum ex ſervis promiſſis, ſed & unum ex pignore obligatis manumittere poteſt, & per conſequens falsò diximus debitorem adhuc locupletem ſervum pignoratum manumittere non poſſe. Tandem & Scævolæ nota ex eo difficillima redditur, nam aſſerit, ideo in ſpecie Juliani debitorem neutrum ex ſervis quos pignori dedit poſſe manumittere, quia nihil aliud habet in ſubſtantia; ex quo infert, quod ſi habeat unum, poteſt manumittere; conſtat verò contrarium finitè dicendum juxta noſtri tituli nota principia, quod ſic oſtendo, cùm debitor duos ſervos pignori dat, cùm nihil aliud habeat in ſubſtantia, pignus contrahitur generale, cùm ſit omnium bonorum, ſi verò amplius habet io facultatibus, ſpeciale pignus contrahitur: atqui ſpeciale pignus impedit ſervi manumiſſionem, etſi debitor ſolvendo ſit, generale verò non impedit *l. 4. cum vulgatis C. hoc noſt. tit.* ergo ex juris ratione dicere debuit Scævola in ſpecie Juliani, debitorem unum ex ſervis pignoratis potuiſſe manumittere, quia pignus generale, qood ipſe contraxit, utpote nihil aliud habens in ſubſtantia, non impedit manumiſſionem, & è converſo debitorem qui plus in facultatibus habebat, neutrum ex ſervis manumittere potuiſſe, quia pignus ſpeciale debitori adhuc locupleti manumittendi adimit facultatem.

9 Cujacius *lib. 64. digeſt. Juliani in dict. l. 5. §. fin.* & Anton. Faber *in juriſprud. Papin. tit. 6. princ.* a. *illat.* 4. hos textus explicant, litteram eorum ſolum percurrentes, & nullam ex ſuperioribus difficultatibus attingentes; quibus ut ſatisfaciam dicendum eſt, in illis juribus Conſultos ſolum diſputare de manumiſſione in fraudem creditorum facta, quæ reſcinditur per legem Æliam Sentiam. In *l. 5.* docet rectè Julianus debitorem, qui duos ſervos alternativè promiſit, cùm nihil aliud haberet in ſubſtantia, neutrum ex eis poſſe manumittere, quia cum duo alternativè promittontur, utrumque eſt in obligatione expreſſum contractus verbis, & ſingulas res disjunctivè promiſſas ita obligatio afficit, ut quamlibet earum integrè comprehendat *l. illud, aut illud 25. de conſtit. pecun. l. Sthicum 95. in prin. de ſolution.* Docet cum pluribus Valent. *lib. 2. illuſt. tract. 4. cap. 5. ex num.* 4. & licèt in ſolutione non utrumque ſit, ſed alterutrum, utrum velit debitor *l. plerumque 10. §. fin. de jur. do*. tamen quandiu debitor neutrum ex ſervis dederit, ſi unum manumittat, eum creditur in fraudem creditoris manumittere, quia alter mori poteſt, & verum eſt, cum uno ex ſervis manumiſſo, & altero mortuo, ſolvendo non eſſe; ea enim eſt natura obligationis alternativæ, ut una ex rebus in ea contentis pereunte, adhuc abſque ullo debitoris facto, alterius perſecutio ſuperſit *l. cum res 47. §. ſed ſi Sthicus 3. verſ. quà ratione de legatis 1. cum ſimil.* unde rectè reſpondet Conſultus in propoſita ſpecie, libertatem per legem Æliam Sentiam reſcindi, & ſubjungit aliud eſſe dicendum, ſi is qui in bonis nihil amplius, quam duos ſervos habebat, ex eis unum ſtipulanti promiſerit, tunc enim alterum rectè manumittit, quia multum intereſt, an ipsâ obligatione contineatur is, qui manumittitur, an extra obligationem ſit, quæ ratio elegans, ſed obſcura. Diluit tacitè Conſultus rationem dubitandi, quæ ei poſſet objici. Diceret aliquis idem in hac ſpecie dicendum eſſe, quod in priori, nam ſimiliter ſervus promiſſus mori poteſt, & eo mortuo, alteroque manumiſſo, verum eſt debitorem ſolvendo non eſſe. Cui dubio, ut reſpondeat, fatetur evenire poſſe, ut ſervus promiſſus moriatur; verum negat ex eo alterius ſervi non promiſſi impediendam manumiſſionem; nam etſi debitor locupletiſſimus eſſet, tamen ſervo promiſſo abſque culpâ ſuâ decedente liberaretur ab obligatione ex regula textus in *l. quod ſi mihi 5. de reb. creditis l. ſi ex legati 23. de verb. oblig.* Itaque, cum adhuc ſervo non promiſſo manumiſſo ſolvendo ſit, lex Sentia ſuas non exerit vires. At in ſuperiori caſu ut jam dixi, cum uterque ſervus ſit in obligatione, & adhuc uno naturaliter mortuo alter peti poſſit, interim dum ex eis unus creditori non traditur, neuter manumitti poteſt, ne aliàs uno mortuo, & altero manumiſſo fraus irrogetur creditori, unde non ex eo ſervus manumitti non poteſt, quod ex cauſa ſtipulationis debeatur, ſed ex eo quod debitor uno manumiſſo, ſolvendo non ſit, & id quod ſuperius diximus, ſcilicet debitorem poſſe ſervum debitum ex cauſa alicujus obligationis manumittere procedit, cum eo manumiſſo ſolvendo eſt, ne aliàs aditus pateat legi Æliæ Sentiæ.

Faciliorem exitum habent poſteriores duæ difficultates, ad quarum ſolutionem dico Scævolæ notam non intelligendam de debitore, qui duos ſervos pignori dederat, ſed de debitore qui duos ſervos alternativè promiſerat, de quo præcipuè diſputavit Julianus, qui ſolum ad confirmandam ſuam deciſionem uſus fuit exemplo debitoris, qoi duos ſervos pignori dederat, & aſſeruit neutrum ex eis poſſe manumitti, argumento textus in *l. eum qui 14. §. Papinianus 5. de furtis;* itaque rectè ait Scævola, eum qui duos ſervos alternativè promiſit, ſi plus habeat in facultatibus, unum poſſe manumittere, quod verum eſſe non poteſt, eum duo ſervi pignori dati ſunt, quorum nullum debitor poteſt manumittere, etſi ſolvendo ſit. Et notam Scævolæ ſolum referendam ad præcipuam & principalem diſputationem Juliani, non verò ad exemplum pignoris, probatur ex *l. 6.* in qua ut probet Scævola debitorem, qui plus habet in bonis, unum ex ſervis alternativè promiſſis manomittere poſſe, quia uno manumiſſo, & altero mortuo ſolvendo eſt, nec adventitios caſus computandos, ea utitur ratione; alioqui & qui unum & certum ex ſervis ſuis promiſit, neminem manumittit, arguens ab inconvenienti, ergo Scævolæ nota loquitur de ſervis alternativè promiſſis, non de pignoratis. Nec tunc obſtat tertia difficultas, nam licèt in ſpecie Juliani pignus illud non ſpeciale, ſed generale ſit, debitor tamen nullum ſervum poteſt manumit- 10

tere, non ratione pignoris, quia generale pignus non impedit manumiſſionem, ſed propter legem Æliam Sentiam, quia ſolvendo non erat juxta regulam textus in *l. generaliter 29. qui & à quibus*. Quæ ſolutio probatur ex finalibus verbis legis quintæ ibi: *at ſi Stichum ſolum pignori dederit, Pamphilum non videtur in fraudem creditoris manumittere*, quæ manifeſtè indicant totam Juliani diſputationem circa legem Sentiam dirigi, & circa manumiſſionem factam in necem creditorum.

11 Ulterius contra concluſionem ſic inſurgo. Debitor poteſt ex facto ſuo pignus extinguere, & deteriorem reddere crediturıs conditionem, ergò & poterit ſervum pignori datum manumittere. Probatur antecedens. Debitor poteſt ſua voluntate rem pignoratam à commercio eximere, ergò poteſt ex facto ſuo pignus extinguere. Antecedens probatur ex textu in *l. 2. §. ult. juncta l. 3. de relig. & ſumpt. fund. in dict. §. ult.* ait Ulpianus: quod is qui pignori dedit agrum, ſi in eum ſuorum mortuom intulerit, religioſum eom facit, & idem eſt, ſi ipſe inferatur, cœterum alii concedere non poteſt. Subjicit Paulus in *dict. l. 3.* Ex conſenſu tamen omnium utilius eſt dicere religioſum poſſe fieri, idque Pomponium ſcripſiſſe refert. Tunc ſic. En ubi debitor agrum quem pignori dedit, cadaveris illatione poteſt facere religioſum, & per conſequens pignus diſtinguere, res etenim religioſæ omninò à commercio ſunt exemptæ *dict. l. 6. de contrah. empt. §. nullius 7. inſtit. de rer. diviſ. cum vulgatis*: ergò licèt per manumiſſionem ſervus à commercio ſubducatur, poterit tamen à debitore, qui eum pignori dedit, manumitti, maximè cum non minor libertatis, quam religionis favor eſſe ſoleat, ut conſtàt ex Conſultorum teſtimoniis ſi inter ſe conferantur in *l. licet 6. l. ex differentia 9. in quibus cauſ. pign. vel hypoth. tacite contrah. l. etſi quis 14. §. 1. de religioſiſ. l. locum 17. de uſufructu l. 2. de manum. vindicta*, quæ omnia inferius explicabo. Creſcit difficultas ex textu in *l. inter omnes 46. in princ. verſ. ſed manumiſſio de furtis*, ubi ait Ulpianus, quod etſi extincta ſit res furtiva, tamen furti manet actio adversùs furem, ex quo infert, quod & mortuo homine ſubrepto viget furti actio; progreditur & ait, quod nec manumiſſio hominis ſubrepti furti actionem extinguit, quia eſt diſſimilis morti manumiſſio, quoad ſubſtrahendum domino ſervum, ergò ſupponit furem ſervum rectè manumittere, manumiſſionemque à non domino factam conſiſtere: ergò fortiori ratione debitor licet plenum non habeat dominium, ſervum quem pignori ſpecialiter dedit, manumittere poterit.

12 Pro ſolutione dicendum eſt maximam eſſe differentiam inter cadaveris illationem in agrum pignoratum, & ſervi pignorati manumiſſionem, per manumiſſionem enim, ſi utilis eſſet, ſervus omninò ſubduceretur à commercio, & pignus in ſolidum extingueretur, cum libertatis jus individuum ſit, & vel in totum, vel nulla ex parte conſiſtere debeat *l. qui gravi 11. de jur. Codicil. l. duobus 30. de liberali cauſa l. 1. & 2. C. de communi ſervo manum. cum vulgatis*, per cadaveris verò illationem in agrum pignoratum non extinguitur, ſed minuitur jus pignoris, nec ea diminutio magni momenti eſſe poteſt, cum non totus fundus in quem corpos illatum eſt, religioſus fiat, quin imò nec totus locus qui ſepulturæ deſtinatus eſt, ſed ea tantum portiuncula in quam corpus illatum eſt *dict. l. 2. §. ſepulchrum 5. de religioſis*, qua ratione favore religionis placuit, quod etſi debitor, nec extinguere, nec minuere jus pignoris regulariter poſſit, tamen mortuum ex ſuis in agrum pignoratum inferendi habeat facultatem, & ſane nimis inhumanè ageretur cum miſero debitore, adeòque cum religione ſi prohiberetur mortuum aliquem ex ſuis inferre in fundum obligatum, maximè verò ſi nec ipſe inferri poſſet. Cœterum hoc jus quod debitori pro ſe, & ſuis tribuitur, non præſtatur ei pro extraneis, itaque nullum mortuum ex extraneis poteſt in fundum inferre, niſi conſentiente creditore pignoratitio, textus ſic intelligendus in *l. 3. de religioſis*: favorabilior etenim eſt illatio ipſius debitoris, aut alicujus ex familia ipſius qoam extranei. Docet ſubtiliter Anton. Faber in *ration. ad dict. l. 2. §. ult. & ad dict. l. 3.* unde licèt non minor libertatis favor eſſe ſoleat, quam religionis, tamen libertatis favori in præſenti locus eſſe non poteſt, ne aliàs cum inſigni creditoris injuria pignus extinguatur; religionis verò favori locus ſupereſt, quia pignus non extinguitur, ſed minuitur. Sed replicabis cur ergò pariter proprietario non licet etiam invito fructuario mortuum ex ſuis in fundum inferre *dict. l. 2. §. ſi uſumfructum 7. cum ſeq. de religioſ.* Reſpondeo maximè differre fructuarium à creditore pignoratitio, minoto etenim pignore, debitum ipſum, & actio pro eo competens non minuitur *l. ſervo 25. C. de pignor.* at minuto fundo minuitur uſusfructus, unde ne injuria fiat fructuario ſine ejus conſenſu proprietario non licet in fundum mortuum inferre. Docet ſubtiliter Antonius Faber *in ration. ad dicta jura*.

Faciliores habet nexus textus in *dict. l. 46. de furtis*, nam dico in ejus ſerie ſervum ſubreptum non fuiſſe à fure, ſed à domino manumiſſum; ponendum eſt enim ſervum ſubreptum in domini poteſtatem rediiſſe, & ab eo fuiſſe manumiſſum. Quærit Conſultus an manumiſſio furti actionem extinguat, & reſpondet non extinguere; nam licet ſimilis ſit morti manumiſſio *l. ſi mihi 92. de ſolution.* tamen adhuc extincta re furtiva, manet furti actio ad pœnam conſequendam, ſed acutè, ni fallor, replicabis; nam poſtquam Ulpianus docuerat ſervi ſubrepti manumiſſionem furti actionem non extinguere in verſiculo *hoc idem* ait: idem in condictione placere, nam condici furi poteſt, etiamſi res ſit aliquâ ratione extincta ex regula textus in *l. ult. de condict. furt.* & ſentit quod mors, aut manumiſſio ſervi ſubrepti, nec furti actionem, nec condictionem furtivam extinguit, tunc ſic: Condictio furtiva cum non pœnam, ſed rem perſequatur *§. ult. inſtit. de obligat. quæ ex delicto naſcuntur*, extinguitur ubi rem dominus fuerit conſecutus *l. parvi refert 17. de condict. furt.* ergò in ſerie prædicti textus dominus non manumiſit ſervum ſubreptum, aliàs enim eum jam ad poteſtatem ejus rediiſſet, extingueretur condictio furtiva, ergo cum adhuc poſt ſervi manumiſſionem condictio furtiva ſuperſit, 13

ponen-

Digitized by Google

ponendum eſt, eum à fure, vel ab alio non domino fuiſſe manumiſſum. Duplici modo reſpondeo. Primò dico: id quod Conſultus ſcribit idem in condictione furtiva obtinere, quod evenire dixerat in furti actione, non eſſe intelligendum in caſu manumiſſionis, ſed in caſu mortis, vel alio ſimili præter manumiſſionem ob rationem expenſam; ſecundò & ſi quid mei judicii eſt, ſubtilius habiles terminos ponam, & caſum dabo, quo poſt manumiſſionem ſervi ſubrepti à domino factam, condictio furtiva ſuperſit, qui ſequens eſt. Finge dominum ſervum ſuum ſubreptum ignorantem à fure, vel ab alio emiſſe, & eum ſibi traditum manumiſiſſe, tunc ſane, manumiſſio utpote à domino facta utilis eſt; condictio tamen furtiva ſupererit, quia res ei intelligitur abeſſe, cui pretium abeſt *l. 4. §. tunc in poteſtatem 12. de uſucap. l. Labeo 14. de verb. ſignif.* & condictioni indebiti etiam locus erat *l. ſue 16. de contrah. empt.* & verum eſt ſervi manumiſſionem à domino factam, nec furti actionem, nec furtivam condictionem extinguere.

14 Ex his quæ ſuperius diſputavimus, dicendum videbatur ſervum nudâ conventione abſque traditione pignori ſpecialiter obligatum manumitti poſſe à debitore, nam diximus ideò debitorem ſervum, quem pignori dedit, manumittere non poſſe, quia jus in re (poſſeſſio ſcilicet) quod in ſervo creditor obtinet, manumiſſionem impedit; cùm verò nudâ conventione ſervus pignori obligatur, non ſolum dominium, ſed & poſſeſſio remanet penes debitorem, nullumque in ſervo creditori jus eſt, verum contrarium certius eſt, ſcilicet, ſervum nudâ conventione pignori obligatum debitorem manumittere non poſſe. Imperatores enim in *l. 2. & 3. C. hoc noſt. tit.* nullum diſcrimen conſtituunt inter ſervum pignori datum, & nudâ conventione obligatum, ſed indiſtinctè reſcribunt ſervum ſive pignori traditum, ſive nudà conventione ſpecialiter obligatum à debitore manumitti non poſſe, quod hac nititur ratione; nam licet verum ſit, quod pignoris nudâ conventione contracti poſſeſſio in creditorem non transferatur *dict. l. 9. §. 2. de pignor. act.* tamen utilitatis cauſa ex æquitate Prætoria jus in re creditur habere creditor, quod ei parit utilem Servianam, ideſt hypothecariam actionem contra tertios poſſeſſores. Unde cùm eadem ſecuritas creditori præſtetur, quam haberet ſi pignoris traditio interceſſiſſet, præcisè dicendum eſt, nullum eſſe diſcrimen inter ſervum pignori datum & nudâ conventione obligatum. Conducit ab argumento textus in *l. ſi is qui rem 66. de furtis*; contra quam ſententiam expendi poſſunt textus elegantes in *l. licet in prædiis 6. l. eſt differentia 9. in quibus cauſis pignus vel hypoth. tacitè contrah.* in quibus ſervus invectus & illatus in prædium urbanum, qui tacitè pignori obligatus eſt, penſionis nomine à domino debitore poteſt manumitti; ſed reſpondeo, quod licèt verum ſit invecta & illata in prædium urbanum ab inquilino pignoris jure eſſe obligata locatori penſionis nomine *l. 4. de pactis l. eo jure 4. in quibus cauſ. pign. vel hypoth. tac. contrah. l. ult. C. eod. tit.* tamen hujuſmodi pignus non officit manumiſſioni ſervorum, qui in prædium invecti ſunt, quia non eſt ſpeciale, ſed generale, nec enim inquilinus nominatim ſervos, quos in prædium invexit, obligavit, ſed generaliter omnia invecta & illata; conſtat verò generale pignus manumiſſioni non officere *l. generaliter 29. qui & à quibus*, ut inferius dicam. Unde non ideo ſervus in urbanum prædium invectus manumitti poteſt, quia nuda conventione, ſed quia generaliter fuit obligatus.

Solutio hæc manifeſtè probatur ex *dict. l.* 15
9. in quibus cauſis pignus, &c. ubi Paulus ait eſſe differentiam obligatorum propter penſionem, & eorum, quæ ex conventione manifeſtarii pignoris nomine tenentur, ideſt ſpeciali conventione, nam mancipia pignori manifeſtario obligata manumittere non poſſumus, ſervos verò inhabitantes, & ſola illatione generaliter obligatos rectè manumittimus: ergò expreſsè aſſerit ſervum illatum in prædium urbanum ideo poſſe manumitti, quia generaliter, non manifeſtariè, ideſt ſpecialiter obligatus eſt. Id ipſum apertius ſuadetur ex eo, quod ſubjicit, id ſcilicet procedere antequam penſionis nomine præcludamur, tunc enim pignoris nomine retenta mancipia manumitti non poſſunt. Quod ut intelligatur, ſciendum eſt, moris fuiſſe non ſolvente inquilino penſionem aperiri ædes, & deſcribi à publicis officiis res omnes & mancipia, quæ in eis intuliſſet *l. cum domini 56. locati*, ac deinde ab iiſdem officiis obſignari *l. ſi injuria 20. de injuriis l. ult Cod. Theodoſ. de adminiſt. tutor.* & præcludi oſtium ædium clauſtro adhibito vel concepto, quo genere videbatur locator ipſe detinere mancipia, quæ incluſerat, nec jam erat tacitum pignus & generale, ſed reale & corporale, & quaſi manifeſtarium, ideóque à præfixis & præcluſis ædibus jus non erat inquilino eorum mancipiorum manumittendorum. Quâ ratione deriſus eſt Nerva Juriſconſultus, qui monſtraverat ſervos detentos ob penſionem per feneſtram manumitti poſſe, puta in feneſtra, exhibito aut ſe offerente ſervo, & domino dicente, teſte Populo, eum ſe liberum eſſe velle, quia ſcilicet ſi eâ ratione quam Nerva monſtravit, ſervi manumitti poſſent, quaſi non planè detineantur, quibus patent feneſtræ, non tantum præfigendum eſſet oſtium ædium, ſed præfigendæ etiam eſſent, vel obſtruendæ feneſtræ, & proſpectus omnes, quod utique nemo dixerit; & ſervus quoque ſpecialiter pignori datus locatori & à locatore retentus in ſuis ædibus à domino tranſeunte beneficio feneſtræ manumitti poſſet; quod eſſet abſurdum, ſic hunc textum explicat Cujacius *lib. 17. obſervat. cap. 39.* quem ſequitur Anton. Faber *de error. pragmat. decad. 61. error. 6.*

Expendi etiam poteſt textus in *l. ſi tutor* 16
tuus 6. C. hoc noſt. tit. ubi aſſerit Alexander Imperator, tutorem ſervos, quos de pecunia pupilli comparavit, pupillorum favore manumittere non poſſe, quoniam hujuſmodi ſervi, ſicut cœteræ res pupillaribus pecuniis emptæ jure pignoris pupillo obligati ſunt *l. idemque eſt 7. qui potior. in pignor. hab. l. 3. de rebus eor.* Tum ſic, en ubi licèt ſervus ſit ſpecialiter tacitè pignori obligatus, tamen dicitur favore pupilli manumitti non poſſe: ergò regulariter ſervus tacitè ſpeciali pignori obligatus

poteſt manumitti, & per conſequens idem dicendum eſt de ſervo nudâ conventione ſpecialiter pignori obligato. Cujacius *in recitatione ad noſtrum tit. C. de ſervo pignor. dat. manum.* hujus textus oppreſſus difficultate ait: tacitam hypothecam non impedire manumiſſionem ſervi ex *l. 2. & 3. C. hoc noſt. tit.* quam ſententiam tenet etiam D. Amaya *lib. 3. obſervat. cap. 1. §. 2. num.* 47. niſi favore pupillorum; licèt enim ſervi ex pecunia pupilli comparati pupillo tacito jure obligati ſint, una cum cæteris bonis omnibus, quæ tutor habuit initio ſuſceptæ tutelæ ex conſtitutione Divorum fratrum, quæ extat in *dict. l. 3. de rebus eorum, &c.* tamen tacita hæc generalis hypotheca impedit manumiſſionem ſervi favore pupilli, cujus quoad hanc cauſam melior eſt conditio, quam cæterorum creditorum tacitam hypothecam habentium.

17 Verùm hæc magni viri ſententia, tot continet abſurda, quot verba, in primis egregiè fallitur, dum quoad impediendam ſervi pignori obligati manumiſſionem exiſtimat, tacitam hypothecam ab expreſſa diſtare; nam quemadmodum expreſſa hypotheca tum demum impedit manumiſſionem, cum eſt ſpecialis, ſic pariter tacita hypotheca ſolum impedit manumiſſionem, cum eſt ſpecialis, non verò cum eſt generalis; quod conſtat ex dictis, & probant textus ipſi, quibus Cujacius utitur in *dict. l. 2. & 3. C. hoc noſt. tit.* & præterea nulla congrua poteſt ratio diſcriminis inter tacitam & expreſſam hypothecam, dummodò utraque ſit ſpecialis. Quin imò & hanc ſententiam probat textus in *dict. l. 6.* ſi rectè intelligatur, ideò enim ibi ſervi ex pupillari pecunia empti à tutore manumitti non poſſunt, quia tacitè ſpeciali pignori pupillo ſunt obligati ex ſupradicta conſtitutione. Nec tunc obſtat argumentum ab ſpeciali, quaſi ex eo quod hoſce ſervos pupilli favore manumitti non poſſe reſcribat Imperator, regulam tradat generalem, ut ſervi manumiſſionem tacitam ſpecialis hypotheca non impediat; nam reſpondeo pupillorum favorem in eo conſiſtere, ut tacitam ſpecialem hypothecam habeant in ſervis, & cæteris rebus ſuis pecuniis à tutoribus emptis; nam regulariter nemo jus pignoris habet in re ſuis pecuniis ab alio comparata *l. quamvis 17. C. de pignor. l. licet 7. C. qui potior. in pign. hab.* Unde ſemel inducto in favorem pupillorum hoc jure tacitæ hypothecæ, non favor pupillorum, ſed juris ratio impedit ſervi pupillari pecunia empti manumiſſionem, itaque quod Alexander aſſerit hos ſervos pupillorum favore manumitti non poſſe, non ita accipiendum eſt, quaſi ſemel inducto tacito illo pignore, neceſſarius fuerit pupillorum favor ad impediendam manumiſſionem, ſed ita ut ſenſus ſit pupillorum favorem eſſe cauſam impeditivam manumiſſionis, non quidem proximam & immediatam, ſed remotam & mediatam, tacitum verò pignus eſſe cauſam proximam & immediatam, quod ex eo liquet; nam favor pupillorum cauſa eſt taciti pignoris, tacitum verò pignus eſſe cauſam impeditivam manumiſſionis: Quæ doctrina nova luce donatur *dict. l. 6. C. hoc noſt. tit.* Tandem & fallitur Cujacius, dum putat in ſerie *dict. legis 6.* ſervos fuiſſe generaliter obligatos, ex eo quod bona omnia tutorum tacitè pupillaris pignoris nomine teneantur, nam tempore Alexandri nondum pupillis jus hoc generalis pignoris indultum erat; id enim effectum eſt conſtitutione Conſtantini, qui multò poſt tempora Alexandri, imperii tenuit habenas in *l. pro officio 20. C. de adminiſt. tut.* quod à Juſtiniano extenſum eſt in *l. ult. §. at ſi quidem 5. verſ. & inventario C. de curat. furioſ.* ut quam rationibus ingenioſè fundat Antonius Faber in *juriſprud. Papin. tit. 55. de tutelis princip. 3. illat. 11. & princip. 8. illat. 7.* diſcedens à contraria ſententia quam tenuerat *lib. 2. conject. cap. 10.* & eleganti ratione tenet Pichardus in *l. privilegia 16. de privileg. credit. num. 49. & 50.* & eâ ratione convinco, nam aliàs ſupervacuum eſſet reſcriptum Divorum fratrum, ut pupilli jus pignoris haberent in rebus ſuis pecuniis à tutoribus comparatis, ſi generale pignus in bonis debitorum haberent.

Conſtat jam ſervum pignoris nexui obligatum 18
manumitti non poſſe, ſive ex cauſa pignoris creditori ſit traditus, ſive nudâ conventione tantum obligatus expreſſa vel tacita, dummodò ſit ſpecialis, quod ita demum procedit ſi creditor ſcilicet non conſentiat, aliàs ſi creditoris intercedat conſenſus, ſervus pignori obligatus manumitti poteſt à domino debitore *l. ſi ut proponis 4. C. hoc noſt. tit. l. 1. C. de remiſſ. pignor.* nam tunc licèt pignus extinguatur, nulla tamen injuria fieri intelligitur volenti & conſentienti creditori ex regula textus in *l. quod autem 6. §. præterea 9. quæ in fraud. credit. l. nemo videtur 145. de reg. jur.* quemadmodum & pignus extinguitur, cum conſentiente creditore debitor rem pignori obligatam alienat *l. ſi debitor 4. §. 1. l. ſi conſenſit 7. l. 8. §. ſi voluntate 6. cum ſeqq. quib. mod. pign. vel hypoth. ſolv.* ad hanc juris partem pertinet textus in *l. ſi pater 4. §. ult. de manum. vind.* ubi ait Paulus: quod ſi pignori obligatus ſibi minor viginti annis manumitti patiatur, rectè manumiſſio procedit, quia non tam manumittere is, quam non impedire manumittentem intelligitur, quod ita intelligendum eſt cum Antonio Fabro *in juriſprudentia Papin. tit. 6. princ. 7. illat. 3.* ſcilicet ut liquet ex lege Sentia minor viginti annis non aliter poteſt ſervum ſuum manumittere, quam vindicta apud conſilium juſta cauſa manumiſſionis approbata *§. eadem lege inſtit. quib. ex cauſ. manum. non licet*, tamen ut debitor ſervum minori pignori obligatum manumittere poſſit, minoris ſolus exigitur conſenſus abſque cauſæ approbatione argum. textus in *l. ſervus 6. de manum. vind.* quia minor tunc non manumittit, ſed manumiſſioni conſentit, aliud eſt enim manumittere, aliud manumittenti conſentire *l. aliud 160. de reg. jur.* Conducit ad rei hujus exornationem elegans textus in *l. 3. de manum. vind.* ubi ait Ulpian. quod minor viginti annis fructuarius conſentiens manumiſſioni abſque ullius cauſæ probatione ſervum ad libertatem perducit, ideſt ut explicat Antonius Faber *ubi ſupra illat. 4.* non dat ipſe libertatem, ſed ſtruit viam libertati, tollitque obſtaculum illud, quod manumiſſionem impediebat.

Verùm licèt conſentiente creditore, ſervus 19
ſpecialiter pignori obligatus manumitti non

poſſit

poſſit, tamen favore libertatis æquiſſimè conſtitutum eſt, ut ex illa voluntate & manumiſſione, licèt tunc inutili, liber tandem fiat ſervus hic ſoluta quandocumque creditori pecunia, pro qua ſervus fuerat pignori datus, ut ad Scævolam eleganter Paulus notat in *l. pignori 26. qui & à quibus l. ſi creditoribus 5. C. hoc noſt. tit.* nam manumiſſio vindicta licèt actus ſolemnis & legitimus ſit *§. multis juncto §. ult.* ubi notant Interpretes *inſtit. de libertinis*, & expreſſam non poſſit recipere conditionem *l. actus 77. de reg. jur.* Donell. *lib. 6. comment. cap.* 18. *ubi* Oſlualdus *litera* F. D. Retes *lib. 5. opuſcul. cap. 6. num.* 20. tacitam tamen commodè recipit. Diſertus textus in *l. mortis cauſa 15. de manumiſ. argum. l. nonnunquam 52. de condit. & demonſt.* ideò manumiſſio ſervi pignorati vindicta celebrata tacitam recipit conditionem, ſi liberatus fuerit ſervus vinculo pignoris, cum hoc tantum deſit, ut libertatem adipiſcatur; extincto enim pignore, & ſic impletâ conditione tollitur impedimentum libertatem ſuſpendens. Unde ſervus pignori obligatus manumiſſus, vi ipſa fit ſtatu liber, ut de eo, qui in fraudem creditorum manumittitur, dicitur in *l. 1. §. 1. verſ. vi ipſa de ſtatu liber.* quod præter libertatis favorem eâ nititur ratione, nam nemo poteſt factum proprium in controverſiam vocare *l. poſt mortem 25. de adopt.* ergo extincto pignore non licebit debitori ſervum, quem manumiſit ad ſervitutem trahere. Deinde, nam eo prætextu debitor ſervum petit, quaſi eum manumiſerit, ſolum animo extinguendi pignoris, & fraudandi creditoris, ſed hoc ipſo turpitudinem allegat, ergo audiendus non eſt; nam turpitudinem ſuam, ejus vi, cui ſucceſſit, allegans nemo auditur *l. tranſactione 30. C. de tranſact. l. cum profitearis 4. C. de revocand. donat.* & juxta hanc doctrinam accipiendi ſunt textus qui indiſtinctè aſſerunt ſervum pignoratum manumitti non poſſe.

20 Doctrina hæc probatur ex textu in *l. ſi hæres 3. de manumiſ.* ubi ſi hæres manumiſerit ſervum legatum ſcilicet per vindicationem, dum legatarius deliberat de agnoſcendo vel repudiando legato, mox legatarius repudiaverit legatum, placuit manumiſſum liberum fore. Ratio dubitandi naſcebatur ex eo quod ſtatim à morte teſtatoris illius ſervi dominium tranſlatum fuerat in legatarium nunquam factum hæredem *l. legatum 80. de legat. 2. l. ſi mulier 3. §. ſi rem 2. de legat. 3.* & ita videbatur hæres alienum ſervum manumiſiſſe. Ratio verò decidendi eſt, quod dominium rei legatæ recta via ab hæreditate, tunc tranſire in legatarium creditur, ſi legatarius poſtea agnoverit legatum, ſi verò illud repudiaverit, retrocreditur non fuiſſe datum ei legatum *l. legatarius 38. §. 1. l. ſervum 44. §. 1. de legat. 1. l. 1. §. utrum 6. ſi quid in fraud. patron.* Explicat Oroz *lib. 1. de apicibus cap. 20. num.* 43. itaque cum retrocredatur ſervum illum ſemper fuiſſe hæredum, rectè apparet libertatem ei ab hærede datam juxta quod intelligendi ſunt textus in *l. ſervum 11. de manum. l. ſi optio 3. l. 29. §. 1. qui & à quibus*, textus in *l. ſi locus 34. de religioſ.* expreſſus textus in *l. ſi cum optio 14. de opt. leg.* tradit D. Retes *lib. 8. opuſc.* Conducunt & textus in *l. 3. de manum. vind. l. ſi miles 31. de teſtam. mil.* ubi alia ſimilis adducitur ſpecies, ſi duobus conjunctim ſervus legatus ſit, primuſque agnoverit legatum, & ſtatim ſervum manumiſerit, cum reverà dominus ſtatim eſſet in ſolidum *l. conjunctim 80. de leg. 3.* ita tamen ut ſecundus agnoſcendo poſſit ei partem facere, ideſt, auferre, agnoſcente collegatario libertatis datio evaneſcit, repudiante verò retro competit libertas ex prima manumiſſione. Similis eſt deciſio textus in *l. mulier 20. §. 1. de condit. inſtit.* ubi ſi hæres adimplendæ conditionis gratia ſervum hæreditarium ante aditam hæreditatem manumiſerit, inutiliter quidem manumittit de facto quod ſufficit, ut conditio adimpleatur *l. Mævius 55. de condit. & demonſt.* tamen poſt aditionem hæreditatis convaleſcit manumiſſio, quam hæres peregit ex teſtatoris voluntate. Docet D. Retes *dict. lib. 8. opuſc. cap.* 24. ſic pariter ſervus pignori datus licèt tunc inutiliter manumittatur, tamen ſoluta pecunia liber fit ex vi primæ voluntatis.

Verùm his omnibus valde opponitur Modeſtinus in *l. ſi ſervo 20. qui & a quibus*, ubi docet quod ſi ſervo alieno libertas, non conſentiente domino data eſt, valere ex auctoritate juris non poteſt, quamvis poſtea manumiſſor domino hæres extiterit, quia aditione hæreditatis libertatis datio non confirmatur, ergo pariter manumiſſio ſervi pignori obligati non debet confirmari ex ſupervenienti caſu ſolutæ pecuniæ, ſed reſpondeo maximè diſtare ſervi alieni manumiſſionem à manumiſſione ſervi pignorati, nam ſervus pignoratus eſt in dominio debitoris; unde licet inutiliter manumittatur, favor tamen libertatis efficit, ut ſoluta pecunia liber fiat, quia remoto pignoris impedimento à domino invenitur manumiſſus, quâ ratione ab initio vi ipsâ fit ſtatu liber. Cæterum huic libertatis favori locus eſſe non poteſt, cum alienus ſervus manumittitur, nam etſi poſtea manumiſſor ſervi domino hæres exiſtat, dici non poteſt ſervo libertatem competere ex vi primæ voluntatis, cum à non domino ſit manumiſſus, nec dominii retrotractioni locus eſt, ut in juribus ſuperiori numero expenſis. Opponuntur tamen textus in *l. filium 31. de liberali cauſa, l. ſi ab eo 7. C. eod. tit.* ubi ſi non dominus inutiliter ſervum manumiſerit, & ſervi dominus ei hæres extiterit, convaleſcit manumiſſio. Dicendum eſt rationem differentiæ in eo eſſe, quod ubi dominus manumiſſori ſucceſſit, videtur confirmare manumiſſionem adeundo hæreditatem, & factum defuncti probare, cum aditio ſit tacita approbatio eorum quæ geſſit defunctus *l. cum a matre 14. C. de rei vind. l. ſive poſſeſſio 14. C. de evictionib.* Quapropter cum voluntati defuncti accedat tacita voluntas hæredis, meritò manumiſſio convaleſcit, at verò ubi manumiſſor ſucceſſit domino, hæc conjectura non invenitur, nec concurrit ea voluntas utriuſque in libertatem ſervi, cum nunquam dici poſſit voluntatem defuncti acceſſiſſe voluntati manumiſſoris, ita eleganter Cujacius *lib. 3. quæſt. Papiniani in l. cum vir 42. de uſucap.* Licet aliter *lib. 1. reſponſ.* Ulpian. *in dict. l. 31.* Oroz *dict. lib. 1. cap. 20. num. 27. & 28.* D. Retes *lib. 3. opuſc. ad lib. ſingul. quæſt. Scævol.* 21

ad

ad l. 93 *de ſolution. num.* 12. Nec obſtant textus in *l. ſi à Titio* 72. *de rei vind. l. penult. de fundo dot. l. cum vir* 42. *de uſucap. l. ſi Titio* 22. *de pignorib. cum aliis*, in quibus alienatio, vel pignus ab initio inefficax ex ſupervenienti dominii acquiſitione convaleſcit, nam ut advertit Cujacius, ex cauſa contractus reſultat obligatio, quæ efficit, ut inviti cogamur ſtare alienationi ſi dominium rei acquiſivimus, ex cauſa verò manumiſſionis nulla naſcitur obligatio.

22 Ex quibus exponendus eſt difficilis textus in *l. de hæreditate* 19. § *non tamen* 4. *de caſtr. pecul.* ubi docet Tryphoninus, quod ſi pater ut hæres, ideſt, ut dominus ſervum caſtrenſis peculii vindicta manumiſerit, inutilis eſt manumiſſio *l. ſervi* 17. *de manumiſſ.* ex regula textus in *l. ex caſtrenſi* 18. §. 1. *de caſtrenſ. pecul.* nec convaleſcit, ùt ſi mox filius inteſtatos decedat, & patris dominium confirmetur. Quæ ſane deciſio ſummè difficilis redditur ex eo, nam pater adhuc vivente filio dominus eſt peculii caſtrenſis, licet plena adminiſtratio & alienandi facultas filio ex conſtitutionibus Principum conceſſa ſit, ut exactè fundat ex aliis D. Retes *lib.* 5. *opuſc. cap.* 6. *per tot.* tùm verò filius inteſtatus decedit cum jure ſibi conceſſo uſus non fuerit, bona ſpectant jure priſtino, jure patriæ poteſtatis, jure acquiſitionis anteactæ, jure peculii *l.* 2. *l. proponebatur* 9. *de caſt. pecul.* & retrocreditur pater in ſervo peculiari dominium ſemper habuiſſe *l. ſervum filii* 44. *de legat.* 1. *cum aliis*, ergo ratione hujus fictionis retrotractivæ dominii debet conſiſtere manumiſſio, argument. textus in *dict. l.* 2. *de manum. cum ſimilibus adductis num.* 20. ſed tamen dicendum eſt libertatem datam à patre ſervo caſtrenſis peculii non eſſe inutilem ob defectum dominii, ſed ob alienationis interdictionem: interdicitur enim patri omnis alienatio quæ filii jus adimat reſpectu caſtrenſis peculii. Similis eſt prodigo cui ſuntum bonorum interdicta ſit adminiſtratio *dict. l.* 18. §. *ſervos* 4. *de caſtr. pecul.* & pee conſequens interdicitur manumiſſio, quæ veluti ſpecies quædam alienationis eſt *l. obligari* 9. §. 1. *de autor. tut. l. ult. C. de rebus alienis non alienand.* unde cum filio inteſtato decedente nullâ juris fictione fiat, aut fieri poſſit, ut retrocredatur pater vivente filio alienandi, & diſponendi facultatem habuiſſe, ſed ſolum dominium penes eum retro intelligatur fuiſſe abſque ullâ fictione, ut docet D. Retes ubi ſupra *num.* 15. nullâ ratione poteſt conſiſtere manumiſſio, cum appareat ab eo qui manumittendi facultatem non habebat factam fuiſſe: ſed ſimilis eſſe omninò debet manumiſſioni ab eo factæ qui manumittendi tempore dominus non erat, & ex poſt facto ſervi dominus eſſe cœpit, quam ex eo non convaleſcere jam diximus ex *dict. l.* 10. *qui & à quibus.* Aliud ſanè procedit in *dict. l.* 2. *de manum. cum ſimilib.* in quibus ideò conſiſtit manumiſſio, quia fictionis retrotractivæ vi non ſolum retrocreditur dominium ſervi habuiſſe manumiſſor, ſed & alienandi & manumittendi facultatem Nec aliud probat *dict. l.* 20. §. 1. *de condit. inſtit.* nam ibi manumiſſio convaleſcit, non quaſi inter vivos vindicta celebrata, ſed quaſi teſtamento data ex voluntate teſtatoris. Docet D. Retes *ubi ſupra num.* 20. *in fin.*

23 Diximus ſervum pignoratum inutilitee à debitore manumiſſum ſoluta pecunia ex vi primæ voluntatis liberum fieri, ex quo ſane dicendum videbatur ſervum pignori datum à debitore manumiſſum, licèt ſit ſtatu liber, interim dum non ſolvitur pecunia, ſervum eſſe ſine domino, ex eâ ratione, nam ſervi pignorati manumiſſio oon propter debitorem, ſed propter creditorem inutilis eſt, & debitoe ſervum manumittendo apertè ſe ſervi dominum eſſe nolle declarat, elegans textus in *l. ſi ſervus cum leg. ſeq. de eviction.* quod cum facto & verbis fiat, ſufficit ad amittendum dominium *l. ſi quis* 17. §. 1. *de acquir. poſſeſſ.* aliàs creditori nulla ex eo irrogatur injuria, cum adhuc pignus perſeveret, quod ipſe vindicare poteſt à quocumque poſſeſſore, ergo debitor amittit dominium ſervi quem manumiſit, & per conſequens manumiſſus debet conſtitui ſervus ſine Domino. Aſſumptum expreſsè ſuadetur ex Ulpiano *in fragm. tit.* 1. *de libertis* §. *ſervus in quo* 16. ubi docet quod ſervus in quo alterius eſt uſufructus, alterius proprietas à proprietatis domino manumiſſus liber non ſit, ſed ſervus ſine domino eſt, ergo idem de ſervo pignori dato manumiſſo dicendum eſt, maximè cum una eademque juris ratio, jus ſcilicet ab extraneo in re obtentum debitori & nudæ proprietatis domino manumittendi adimat facultatem.

24 Sed licèt nullus ex his, quos viderim, difficultatem attigerit, tamen dicendum cenſeo maximum eſſe diſcrimen inter ſervum pignoratum à debitore manumiſſum, & ſervum à nudæ proprietatis domino manumiſſum. Verum eſt eum qui ſeevum adhibitis ſolemnitatibus, licet inutiliter manumittit, quantum ex ſe eſt, animum habere amittendi dominii, & proinde ſervum à nudæ proprietatis domino manumiſſum liberum non fieri, ſervum tamen ſine domino eſſe, nec ex eo fructuarii deterior fieri conditio poteſt, nam cum ſervus libee ex manumiſſione non fiat, eo proinde uti frui poteſt fructuarius, ac fruebatur antè proprietarii manumiſſionem. Cœterum cum ſervus pignori datus manumittitur, manumiſſio etiam impeditur favore creditoris, cujus non ſolùm intereſt ſervum liberum non fieri, ſed & interim dum manet pignus eſſe in dominio debitoris, ut ſecurius ceeditum habeat, nam ſi ſeevus manumiſſus à debitore, ſervus ſine domino fieret, debitori per eum nihil poſſet acquiri, argumento textus in *l. quod ſervus* 31. *de ſtipul. ſervor.* intereſt verò creditoris ſervum pignoratum acquirere debitori, & ejus augeri facultates; licet enim poſſit ſervum pignoratum diſtrahere, tamen temporis lapſus, & plura requiſita diſtractionem præcedere debent, quæ notantur in §. 1. *inſtit. quibus alien. licet vel non*, & commodius ex aliis bonis debitoris ereditum conſequi poteſt quam ex re pignori data. Hac ergo ratiooe exiſtimo niti diſcrimen jure noſtro inductum inter ſervum pignoratum manumiſſum, & ſervum manumiſſum à nudæ proprietatis domino.

25 Illud ſanè quæri poteſt, an ſcilicet nova conſtitutio Imperatoris Juſtiniani circa ſervum manumiſſum à nudæ proprietaris domino quæ extat in *l.* 1. *C. comm. de manum.* ſpectet etiam ad ſervi pignorati manumiſſionem? cum olim

nudæ

nudæ proprietatis dominus non poſſet ſervum invito fructuario manumittere *l. interdum* 15. *quib. mod. uſufr. amitt. dict. l.* 2. *de manum. vind.* Juſtinianus hoc jus abrogavit in *dict. l.* 1. & ſtatuit quod ſi proprietarius invito fructuario ſervum manumiſerit, utilis manumiſſio ſit, ejuſque vi ſervus liber fiat, ipſe tamen libertus quaſi ſervus penes fructuarium permaneat, donec fructuarius vivit, aut uſusfructus legitimo aliquo modo peremptus eſt, ita ut ex eiſdem cauſis acquirat fructuario, ex quibus ei acquireret ſi ſervus manſiſſet, & ſibi ex illis cauſis acquirat, ex quibus acquireret proprietario in ejus poteſtate conſtitutus; nec id rationi juris repugnat, cum nihil prohibeat liberum hominem miniſteria exhibere ſervilia, & aliud ſit eſſe ſervum, aliud in ſervitute eſſe *§. ult. inſtit. de ingenuis.* Quæritur ergo, an hæc conſtitutio ſit producenda ad ſervum pignoratum à debitore manumiſſum? Reſpondeo producendam non eſſe ex eo, nam maxima eſt inter utrumque caſum differentiæ ratio fructuario, ſuppoſito hoc novo jure, nullum damnum infertur, ex eo quod ſervus à proprietario manumiſſus liber fiat; creditori vero maximum præjudicium infertur, ſi ſervus à debitore manumiſſus liber fiat, cum præcipua utilitas pignoris ſit ſervi diſtrahendi facultas, ſi pecunia non ſolvatur, hæc verò ei adimeretur, ſi conſiſteret manumiſſio. Deinde nec creditori poteſt conſuli eo modo, quo fructuario conſulitur, non enim dici poteſt ſervum ſervire creditori eo modo, quo ſervit fructuario. In eo à fructuario creditor pignoratitius diſtat, quod fructuarius omnem rei fructum percipit, creditor uti pignore nequit *l. ſi pignora* 54. *de furtis*; quia pignus non ad uſum, ſed ad creditoris ſecuritatem contrahitur *§. ult. inſtit. quib. mod. re contrah. oblig. cum ſimilib.* ex quibus fluit ſervum pignoratum à debitore manumiſſum, nec jure veteri ſervum fieri ſine domino, nec novo jure ex manomiſſiune liberum fieri, ſed omni jure ſtatu liberum eſſe, & ſtaturam habere libertatem in tempus ſoluti pignoris.

26 Servo ſpecialiter pignorato directa teſtamento relicta libertas tacitam recipit conditionem, ſi ſervus liberatus fuerit vinculo pignoris, argumento textus in *l.* 26. *qui & a quibus*, cujus implementum aditionis hæreditatis metas excedere poſſe contendo. Moveor ex eo, quod licèt extrinſecæ conditiones legata quoad tranſmiſſionem conditionalia non reddant *l.* 99. *de condit. & demonſt. cum ſimilibus*, libertatem tamen tanquam perſonalem & intranſmiſſibilem reddunt omninò conditionalem ad inſtar certi diei, qui licèt legati ceſſionem non differat *l.* 21. *quando dies leg. ced.* libertatem tamen ad ſimilitudinem conditionis ſuſpendit *l.* 23. §. 1. *de manum. teſtam.* ſed conditionem expreſsè libertati adjectam etiam poſt aditam hæreditatem adimpleri ſat eſt, ergo idem erit de extrinſecâ ſeu tacitâ conditione dicendum. Rursùs extrinſeca conditio, quæ legatum uſusfructus tanquam perſonale & intranſmiſſibile omninò ſuſpendit, etiam poſt aditam hæreditatem adimpletur utiliter *l. ſi dominus* 72. *de uſufruct.* ergo & extrinſeca conditio quæ ineſt libertati poſt aditam hæreditatem utiliter adimplebitur, hoc ipſum in terminis extrinſecæ conditionis quæ ineſt libertati expreſsè decidit Papinianus in *l. cum filius* 76. §. *ſervus* 4. *de legat.* 2. ubi libertatem propter extrinſecam conditionem etiam poſt aditam hæreditatem extrinſecus ſuſpendi conſtat, tum ex eo quod dicitur, ſtatum ſervi poſt aditam hæreditatem extrinſecus ſuſpendi, tum ex eo quod ſubjungitur, ſcilicet quod ſervus legata eo teſtamento ſibi relicta ſeparare non poteſt, quia dies inutiliter ceſſit, ergo libertatem ſeparare non prohibetur, ubi cognitionis ad ulterius tempus effluxit.

Nec meæ opinioni adverſatur idem Papinianus in *l.* 33. *de pœnis*, qui ut ferè docet Oroz *lib.* 2. *de apicibus cap.* 10. *num.* 33. ſolum aſſerit, quod ſi aditæ hæreditatis tempore conditio adimpleta jam ſit, ideſt, pignus extinctum jam ſit, libertas utiliter cedit, nec ideò negat tacitæ conditionis implementum aditionis hæreditatis metas excedere poſſe, cum ipſe tacitam conditionem etiam poſt aditam hæreditatem utiliter adimpleri docuerit in *dict. l.* 76. §. 4. *de legat.* 2. ex qua ſupplendus eſt alter ejuſdem Papiniani textus in *dict. l.* 33. *de pœnis.* Difficilior videri poteſt textus in *l.* 24. §. 10. *de fideicom. libert.* ubi ſi aditæ hæreditatis tempore extinctum nondum ſit pignus, directa libertas ſui favore in fideicommiſſariam flecti dicitur, quæ ſane inflexio ſupervacua foret, ſi libertas etiam poſt aditam hæreditatem impletâ conditione, ut directa poſſet competere. Reſpondeo quod favor libertatis apud Ulpianum in *dict. l.* 24. §. 10. non in eo vertitur, ut directa libertas, quæ non poſſet ut directa defendi, in fideicommiſſariam flectatur, ſed in eo potius, quod licèt libertas poſſit ut directa defendi, utilior tamen commodiorque eſt ſervo fideicommiſſaria libertas. Non me latet regulariter commodiorem ſervo eſſe directam quam fideicommiſſariam libertatem; aſſero tamen in præſenti utiliorem fideicommiſſariam eſſe quam directam, quod ſic oſtendo: Ex eo quod libertas etiam poſt aditam hæreditatem ut directa defendatur, ejus exitus periclitatur; pendet namque extrinſecâ illâ conditione: *ſi ſervus liberatus fuerit vinculo pignoris*, cujus implementum ex hæredis dependet arbitrio, quod in jure non implicat *l.* 30. *de ſtat. lib* & nec ſervus hæredem ad pignoris luitionem poteſt compellere, nec hærede pignus non luente conditio pro impleta poteſt haberi; nam regula textus in *l.* 24. *de condit. & demonſt. cum ſimilibus* locum habere non poteſt in necem & præjudicium creditoris, quo ſervum ex non ſolutæ pecuniæ cauſa diſtrahenti libertatis ſpes intercedit, at ex eo quod hujuſmodi libertas poſt aditam hæreditatem, ut fideicommiſſaria defendatur, non jam conditionalis eſt, ſed pura perinde ac ſi hæres ſervum manumittere rogatus eſſet, ac perinde ſervus hæredem cogere poterit, ut pignus luat & extincto pignore ab eo hæreditatem extorquere ex regula textus in *l.* 43. *de actionib. empti l.* 84. *de hæred. inſtit. l.* 22. §. 1. *ad Trebell.* Facilior igitur eſt fideicommiſſariæ quam directæ libertatis exitus cum directâ extrinſecâ conditione ex hæredis arbitrio dependenti differatur, fideicommiſſaria autem pura ſit, nec ullâ conditione ſuſpendatur; in arbitrio itaque ſervi erit vel directam libertatem in incertum

ſolutæ

ſolutæ pecuniæ eventum expectare, vel fideicommiſſariam ſtatim extorquere, cum in jure novum non ſit in optione ſeu arbitrio ſervi poſitum eſſe, vel directam libertatem nanciſci, vel fideicommiſſariam petere poſſe : elegans eſt ſingularis textus in *l. ſi quis ſervo* 56. *de manumiſ. teſtam.* Hanc autem Ulpiani ſententiam fuiſſe in *dict. l.* 24. §. 10. ex ipſius textus littera tripliciter deſumo. Primò ex illis verbis, *& fideicommiſſaria libertate relictâ*, quæ id conjunctivæ dictionis & ſignificatione ſuadente, non obſcurè ſupponunt libertatem ut directam, & ut fideicommiſſariam defendi. Secundò ex ſequentibus verbis ibi : *ſervus petere poteſt, ut ex fideicommiſſo liber fiat*, ergo in eo libertatis vertitur favor, ut eam ſervus petere, ſeu extorquere poſſit. Tertiò denique & evidentius, ex ratione, quam Conſultus ſubjungit his verbis : *favor enim libertatis ſuadet, ut interpretemur, & ad libertatis petitionem procedere teſtamenti verba, quaſi in fideicommiſſo fuerat ſervus liber eſſe juſſus.* Quid clariùs deſideramus ? En Ulpianus ipſe noſtræ ſententiæ autor eſt, dum in eo libertatis favorem ponit, & ad petitionem libertatis verba teſtamento procedant, quaſi dicat : directa libertas extrinſeca ſuſpenditur conditione, quam ideo ſervus petere ante adimpletam conditionem non poteſt, fideicommiſſaria autem pura eſt, nullâque conditione differtur, quam ideò ſervus ſtatim extorquere non prohibetur. Sed dices : Quid ergo ſibi vult Ulpianus dum initio textus aſſerit ſubtili jure inutiliter ſervo pignorato directam libertatem relictam videri? reſpondeo quæſtionem eam eſſe utrum ſcilicet pignorato ſervo directa relicta libertas, etiam ut fideicommiſſaria poſſit defendi ? cui ſic Conſultus reſpondet : ſubtili quidem jure fideicommiſſaria libertas inutiliter relicta videtur, quia non precariis, ſed directis verbis relicta proponitur, ſed tamen etiam ut fideicommiſſaria ſuo favore defenditur ; inutilitas ergo ex ſubtili jure dimanans, quæ æquitatis ratione corrigitur, non ad directam, ſed ad fideicommiſſariam libertatem eſt referenda. Quæ integra veriſſimaque Ulpiani eſt ſententia ab Interpretibus parum feliciter hactenus expoſita. Argui etiam poteſt ex *l.* 30. *de hared. inſtit.* quæ expoſita jam eſt in noſtro commentario.

28 Contra deciſionem textus in *dict. l.* 24. §. 10. invehitur Antonius Faber *lib.* 15. *conjectur. cap.* 16. & eum miſero tribuit Triboniano ex ſequentibus. Cum debitor teſtamento pignorato ſervo directam libertatem relinquit, nec directa libertas ſervo competere poteſt ex jam dictis, nec fideicommiſſaria, quia relicta non fuit, ut dici non poſſit eam teſtatoris voluntatem fuiſſe, ut fideicommiſſaria deberetur, quin imo nec ſola mens teſtatoris tribuere ſolet fideicommiſſariam libertatem, ſed verbis quoque fideicommiſſi opus eſt *l. libertates* 16. *de fideicom. libert.* Deinde ſic arguit : ſi teſtator directam libertatem reliquerit ſervo in tempus, quo alienus futurus eſt ſub hac clauſula: *Stichus ſervus meus, ſi eum hæres alienaverit, liber eſto*, inutilis eſt libertas, nec admittitur fideicommiſſaria libertas *l. Stichus* 39. *de manum. teſtam.* ergo pariter ſervo pignorato directè manumiſſo non poteſt defendi fideicommiſſaria libertas. Sed futiles ſunt hæ rationes.

Reſpondeo ex tacitâ voluntate teſtatoris defendi ſervo pignorato fideicommiſſariam libertatem, eo enim ipſo, quod voluit ſervum liberum eſſe in neceſſarium antecedens voluiſſe cenſetur, ut hæres pignus lueret. Nec ad id verbis eſt opus, cum ad inducendum fideicommiſſum tacita ſufficiat voluntas teſtatoris *l. cum proponebatur* 64. *de legat.* 2. Nec aliud probat textus in *dict. l.* 16. ubi quod dicitur vulgaria verba requiri, quibus voluntas teſtatoris evidenter oſtenditur, regulariter procedit niſi favorabiliter ex conjecturata voluntate fideicommiſſaria libertas defendatur, ut in *dict. l.* 24. §. 10. *& in l. ſi hereditas* 10. §. *ult. de teſtam. tutela l. etſi non adſcripta* 9. *C. de fideicom. libertatibus cum aliis.*

Nec magis urget textus in *dict. l.* 39. *de* 29
manum. teſtam. Nam reſpondeo quod cum quilibet actus cenſeatur factus eo tempore in quod refertur, & licèt habili tempore fiat, ſi tamen in inhabile tempus referatur inutilis ſit. *l.* 51. *de uſufruct. l. quod ſponſæ* 4. *C. de donat. ante nupt.* Libertas directa collata in tempus alienationis inutilis præciſè debet eſſe, nec flectitur in fideicommiſſariam, nam libertas alieno ſervo directè relicta, nec ut directa, nec ut fideicommiſſaria ſubſiſtit *l. ſi ſervus* 108. §. *ſi ſervus* 9. *de legat.* 1. *l. ſi alienum* 49. *de hæred. inſtit.* non enim tam facilè flectitur in fideicommiſſariam libertas directa ſervo alieno relicta ac data à debitore domino ſervo pignorato, nec dici poteſt inducendam eſſe fideicommiſſariam libertatem, ex eo quod ex prohibitione alienationis inducitur libertas fideicommiſſaria *l. cum fidei* 9. *l. quidam* 10. *l. rogo* 21. *dict. l.* 24. §. *petitum* 7. *l. Thais* 41. §. 1. *de fideic. libert.* tamen in ſerie textus in *dict. l.* 39. à conditione clauſulam inchoavit, & ſervum alienari non prohibuit, ſed ſub conditione ſi alienaretur, ei reliquit libertatem, illa enim conditio : *ſi hæres eum alienaverit*, prohibitionem alienationis non continet, ſed potius alienationem, & concedit, & præſupponit, maximè cum ex conditione, & verbis conditionalibus nulla poſſit induci diſpoſitio *l. ſi quis ſub conditione* 8. *dig ſi quis omiſſ. cauſ. teſtam. l.* 1. *de pœnu. legat.* Antonius Faber *lib.* 17. *conject. cap.* 17. ſic hunc textum explicat Valent. *lib.* 3. *illuſt tract.* 6. *cap.* 1. *num.* 13. *cum duob. ſeqq.*

Nullum tamen eſſe diſcrimen inter ſervum 30
pignoratum & alienum, ſed utrique directè teſtamento manomiſſo fideicommiſſariam libertatem defendi probari videtur ex difficili textu in *l.* 2. §. *codicillorum* 2. *de jur. codicil.* Docet Julianus Codicillorum jus ſingulare eſſe, ut quæcumque in his ſcribuntur, perinde habeantur, ac ſi in teſtamento ſcripta eſſent, ex quo infert, quod ſervo qui teſtamenti facti tempore teſtatoris fuiſſet Codicillorum tempore alienus, inutiliter libertas directa datur, & contra ſervo alieno teſtamenti tempore, & Codicillorum tempore proprio non rectè etiam libertas relinquitur directè, & ideò ait : licèt directæ libertates deficiunt, tamen ad fideicommiſſarias eundum eſt, ergo libertas directa alieno ſervo relicta flectitur in fideicommiſſariam, quod & ſuadet textus in *l. cogi* 16. §. *ſi ſervo* 13. *ad Trebell.* ubi ſupponit Ulpian. libertatem directam, quæ ſervo hæredis inutiliter

tiliter directè relinquitur *l. ſervo 9. C. de teſtam. manum.* in fideicommiſſariam flecti. Sed primæ difficultati rejectâ emendatione Antonii Fabri *dict. lib. 15. conject. cap.* 16. Reſpondeo cum Cujacio *lib. 37. digeſt. Juliani*, id quod Conſultus ſcribit ſcilicet, qood licèt directæ libertates deficiaot, tamen ad fideicommiſſarias eundum eſt, non eum ſenſum habere, ut valeant jure fideicommiſſi quæ directò datæ ſunt, ſed ut quæ directò dari non poſſunt, per fideicommiſſum dari poſſint. Circa primam ejus textus partem, & ejus conciliationem cum *l. ſi ſervo 26. de adimen. legat.* videndos Faber *lib. 2. ſemeſt. verſ. hæc quæ dixi.* Nec obſtat textus in *dict. l.* 16. §. 13. cui reſpondeo, facilius libertatem directam ſervo hæredis relictam in fideicommiſſariam flecti, quam alieno ſervo datam, ut docent Cujacios *lib. 3. quæſt. Papin. in l. 41. de uſucap.* Oroz *dict. lib. 1. cap.* 10. *num.* 28. *cum duob. ſeqq.* vel etiam reſpondeo ex eo textu id non probari, ſed dominum hæredem inſtitutum, & ſervo ſuo hæreditatem reſtituere rogatum cogi à ſervo non poſſe hæreditatem adire, ſive ſervo directa, ſive fideicommiſſaria libertas ſit relicta diverſâ ratione, cum libertas directa relicta eſt, quia inutilis, cum fideicommiſſaria, quia dominus à ſervo ſuo cogi non poteſt.

31 Sed adhue libertatem directam ſervo competere debuiſſe in *dict. l.* 24. §. 10. ſoluto quandoque pignore probare videntur textus in *l. de hæreditate 19. §. pater 3. & in l. ult. de caſtrenſi pecul.* io quibus ſi pater vivente filio libertatem directam teſtamento dederit ſervo caſtrenſis peculii, moxque ſervus, vel mortuo filio ab inteſtato, vel ex filii teſtamento ad patrem pertineat, licet ſubtili jure videatur hunc ſervum ei comparari debere, qui cum manumitteretur alienus erat, deinde poſteà acquiſitus eſt, & per cooſequens inutilem eſſe libertatis dationem ex *l. ſervus 35. de manum. teſtam. cum aliis*; tamen favorabiliter conſiſtit libertas directa. Sed ut reſpondeam, adverto maximè differre ſpeciem *dict. §. 3. à ſpecie dict. l. ult. in dict.* §. 3. filio inteſtato mortuo ſervus ad patrem pertinere cœpit jure peculii, & retrocreditur fuiſſe in domioio patris, quod ſufficit, ut ſummo jure conſiſtat libertas *l. ſervi 30. de manum. teſtam.* Nec tunc obſtat quod facultatem manumittendi non habuerit ex *dictis num.* 21. nam actus manumiſſionis teſtamentariæ non ad præſeus, ſed ad futurum refertur; actus verò qui ad futurum referuntur, cum filio non auferant facultatem diſponeodi, patri non interdicuntur *l. 18. §. 1. de caſtrenſi pecul.* D. Retes 5. *opuſc. cap. 6. ex num.* 16. in *dicto verſ. l. ult.* ſervus ad patrem non jure peculii, ſed jore hæreditario ex teſtamento pertinet filii *l. 2. & 9. de caſt. peculio.* Unde cum filius diſpoſuiſſet, teſtamentum condens patri dominium ademit, & ſic ſervus per diſpoſitionem filii alienus factus fuit, & poſtea acquiſitus ex cauſa aditionis, unde ſubtili jure inutilis eſſet libertas, ſed tamen retrotractâ acquiſitione libertas ſui favore conſiſtit, ita docet rejecto Fabro in *Papinianea, tit. 11. princ. 6. illat.* 12. Retes *dict. lib. 5. cap. 8. num.* 3.

32 Deinde ſic graviter argui poteſt, cum teſtator rem quam pignori obligaverat, legat, ſi ſcivit rem pignoratam eſſe, hæres tenetur eam luere, & nexu pignoris liberare ſoluta creditori pecunia *l. ſi res 57. de legat. 1. l. licet 15. de dote prælega. l. prædia 6. C. de fideicom. §. ſed etſi rem 5. inſtit. de legatis*; ergo jure communi cum libertas ſervo pignorato relinquitur, tenetur hæres eum luere, nec opus eſt ad libertatis favorem confugere. Sed reſpondeo, qood cum fideicommiſſaria libertas ſervo pignorato relinquitur, communi jure hæres eum loere, & à pignoris vinculo liberare tenetur, ſi teſtator ſciverit rem pignoratam eſſe, & jure ſpeciali, etſi teſtator ignoraverit; diſſimilis enim eſt cauſa libertatis & fideicommiſſi pecuniarii, ut in ſimili caſu ratiocinatur Paulus in *l. Paulus 39. de fideicom. libert.* cum vero directa libertas ſervo pignorato relinquitur, dici ſubtili jure non poteſt hæredem compelli ad pignus luendum ex teſtatoris voluntate, cum implicet ſervum abſque facto hæredis liberum fieri, & factum hæredis ad pignoris luitionem deſiderari. Quapropter ex benignitate inducitur fideicommiſſaria libertas, ut hæres cogatur ſervum luere & manumittere.

Ulterius libertatem fideicommiſſariam ſervo 33
non defendi in ſerie textus in *dict. l.* 24. §. 10. idem Ulpianus docere videtur in difficillimo textu in *l. ſervum filii 44. §. ſi idem ſervus 7. de legat.* 1. ait enim quod ſi idem ſervus & legatus & liber eſſe juſſus ſit, interdum ſolum procedit legatum, quando inutilis fuerit manumiſſio, veluti ſi in fraudem creditorum data fuerit libertas, vel ſi is ſit ſervus, qui in perpetuam ſervitutem venierit, & ſubjicit: idem erit, ſi ſervus ſit fortè pignori datus: ergo ſentit ſervi pignorati manumiſſionem teſtamento factam, nec ut directam, nec ut fideicommiſſariam ſubſiſtere. Probatur conſequentia. Qooties idem ſervus & legatus & liber eſſe juſſus eſt, non ſolùm directa libertas potior eſt legato *l. ſi poſt mortem 8. §. ult. de legat. 1. l. ſi idem ſervus 14. de legat. 2. l. ſi peculium 10. §. 1. de manum. teſtam.* cum aliis, verom etiam fideicommiſſaria prævalet legato *l. ſi ſervus legatus 50. de fideicom. libert.* ergo dum Ulpianus legatum libertati prævalere docet, eam omninò inutilem eſſe ſupponit, argumento textus in *dict. l. 108. §. 9. de legat. 1. l. qui teſtamento 37. de lega. 1.* Nec dici poteſt Ulpianum in *dict.* §. 7. ſubtile jus fuiſſe ſecutom, in *dict. l.* 24. §. 10. æquitatis rationem & favorem libertatis, ut docent Accurſius in *dict.* §. 7. & Petrus Faber *lib. 2. ſemeſt. cap.* 19. nam cum tractet de effectu ipſo libertatis datæ, & libertas ſive directa, ſive fideicommiſſaria, ſive ſubtili jure, ſive æquitate conſiſtat, legato prævaleat, & aſſerat legatum procedere, ſentit nullo jure ſervo libertatem deberi. Nec etiam ferendi ſunt Cumanus & Cujacius in *dict.* §. 7. aſſerentes legatum procedere, interim dum pecunia non ſolvitur, aut pignus liberatur, hæc enim opinio ſatis refellitur *ex ipſo §. 7. & ex dict. l. 50. de fideicom. libert.*

His ſolutionibus rejectis Valentia *lib. 3. il-* 34
luſtrium tract. 5. cap. 2. num. 49. alia via rem explicandam contendit Conſultum iotelligens de ſervo pignori dato, non à debitore, ſed ab ipſo creditore cui pignoratus fuerat, le-

gato & manumiſſo, quo caſu utile eſt legatum, ſive ipſi debitori relictum ſit quoad pignoris remiſſionem *l.* 71. §. 1. *de liberat. leg.* ſive alii quoad ipſum ſervum, cum ſervus alienus rectè legari poſſit, libertas verò eſt inutilis, nec in fideicommiſſariam flectitur, quia alieno ſervo relicta eſt ex *dict. l.* 108. §. 9. *de legat.* 1. unde meritò prævalet legatum libertati, quam interpretationem adjuvare ait antecedentis verſiculi conjunctionem, in quo egerat Conſultus de ſervo manumiſſo ab eo cui venditus fuerat; conſequens ergo eſt in ſequenti de manumiſſo ab eo, cui erat pignori datus diſſerere. Præterea ait, quod cum poſt caſum illum ſpecialem & minus frequentem de ſervo, qui in perpetuam ſervitutem venierat, adjiciat ſequentem de ſervo pignori dato per particulas illas, *vel ſi fortè*, quaſi magis ſingularem rariuſque contingentem, veroſimile eſt loqui de ſervo manumiſſo à creditore, quod id raro contingat, non verò de manumiſſo à debitore quod ſæpè accidit. Solutio hæc licet in ſe veriſſimam contineat doctrinam, textui non quadrat. Veroſimile ſane non eſt Ulpianum, ut doceret procedere legatum, cum alienus ſervus & legatur, & liber eſſe jubetur, caſum illum fuiſſe quæſiturum quo à creditore, cui pignoratus erat, legatur & manumittitur, ne aliàs ſi hunc caſum, ut ſpecialem appoſuiſſe aſſeveremus regulam in contrarium potuiſſe fateri cogamur, quod eſſet abſurdum. Ulterius ipſe verſiculus antecedens quo Valentia ſuam adſtruit interpretationem, eam omninò deſtruit. Sic adverſùs eum argumentum retorqueo. In præcedentibus verſiculis egerat Conſultus de ſervo legato & manumiſſo à domino in fraudem creditorum, vel à domino cui venditus erat cum pacto ne manumitteretur; ergo conſequens in ſequenti verſiculo de ſervo manumiſſo à domino debitore, qui eum pignori dedit diſputare, vel ſic: in antecedentibus aſſeverat prævalere legatum libertati, quoties libertas fuit inutilis propter impeditam facultatem manumittendi ex pacto domini, igitur ut ſequens verſiculus ſuperiori conveniat, conſequitur in eo de ſervo manumiſſo à domino debitore eum propter vinculum pignoris manumittere impeditu tractare, & per conſequens adhuc Ulpiani ſententia ſupra dictis refragatur.

35 Quare reſpondendum eſt, quod licèt ſervo pignorato defendatur fideicommiſſaria libertas propter conjecturatam voluntatem teſtatoris; id procedit cum expreſſa non obſtat voluntas, in rebus quippe claris non ſupereſt locus conjecturis *l. ille* 25. §. 1. *de legat.* 3. & cum in ſpecie noſtri §. 7. ſervus hic & legatus & manumiſſus proponatur, ut teſtatorem aliquo caſu utile legatum efficere voluiſſe dicamus, ſolum libertatem ut directam valituram, ſi ante aditam hæreditatem pignus luatur, non verò flectendam in fideicommiſſariam dicendum eſt, itaque idem Ulpianus qui in *dicto* §. 10. *legis* 24. ratione benignitatis nixus auſus fuerat huic ſervo fideicommiſſariam defendere libertatem *in hoc* § 7. ejus doctrinæ elegantem declarationem ſeu limitationem adjecit, nempe aſſerens eam in dubiis intelligendam, locumque non habere, quoties ſervus & legatur & manumittitur, cum potius præſumere debeamus teſtatorem voluiſſe legatum exitum ſortiri, ſi ante aditam hæreditatem pignus liberatum non ſit, nè aliàs admiſſâ fideicommiſſariâ libertate, inutile prorsùs legatum ſit. Quæ doctrina deducitur ab argumento ex *l. ſi quando* 109 *de legat.* 1. *cum ſim libus.* Unde ſolutâ fideicommiſſariâ libertate, ſi ante aditam hæreditatem pignus luatur, prævalet libertas legato, ſi verò adhuc ſervus pignoris nexui ſit ſuppoſitus, prævalet legatum libertati ex regula textus in *l. ſi poſt mortem* 68. §. *ſi pure* 2. *de leg.* 1. *l. ſi ſervus* 20. *de uſufructu legato.* Tradit hanc ſolutionem Santolaria *interpret.* 12. *num.* 9. quam jam tradiderat Goffredus in *dict. l.* 44. §. 7. *de leg.* 1. *num. fin.* Ex mente Accurſii.

36 Ex dictis infertur quod ſi debitor creditore hærede inſtituto pignorato ſervo directam libertatem reliquerit, libertas directa ſervo competit, nec opus eſt fideicommiſſariam libertatem inducere, nam per hæreditatis aditionem ſublatâ principali obligatione tam naturali quam civili, & pignus extinguitur *l. hæres* 21. § *quod ſi ſtipulator* 3. *l. debitori* 50. *l. Grannius* 71. *verſ. tamen de fidejuſſoribus l. qui hominem* 34. §. *quidam* 8. *l. in omnibus* 43. *de ſolution.* Docet ex aliis Valentia *lib.* 1. *illuſtr. tract.* 4. *cap.* 8. *&* 9. licet actiones ſuſcitentur, & pignus conſiſtat, ſi hæres ex juſſu teſtatoris alii hæreditatem reſtituat *l. ita tamen* 27. §. *ſi ex Trebelliano* 11. *l. deducta* 58. *l. debitor* 59. *ad Trebellianum*, quapropter rectè cedit directa libertas, cum aditæ hæreditatis tempore jam ſit extinctum pignus. Aſſumptum probatur ex eleganti ad rem textu in *l. fructuariam* 6. *de manumiſſ. teſtam.* ubi ait Ulpianus, quod ſi fructuarium dominus proprietatis hæredem ſcripſerit, & ſervo ſub conditione libertatem dederit, exiſtente conditione ſervus ad libertatem pervenit ex ea ratione, quoniam per aditionem hæreditatis fructuarius proprietatem ſervi conſequitur, & confuſione extinguitur uſusfructus *l. cum filius* 76. §. *dominus* 2. *de legat.* 2. quare extincto jam uſufructu nihil impedit, ut ſervo directa competat libertas ex teſtamento proprietarii, & licet Conſultus loquatur de libertate ſub conditione relictâ, idem tamen procul dubio reſponderet, ſi purè relicta libertas proponeretur, nam eo ipſo quod fructuarius hæres inſtitutus adit hæreditatem proprietarii, uſusfructus extinguitur, quemadmodum extingueretur, etſi ſervus manumiſſus non eſſet, unde idem procedere debet in ſervo pignorato directè à debitore in teſtamento manumiſſo hærede inſtituto creditore.

Huc uſque egimus de libertate ſive inter vivos, ſive teſtamento ſervo pignorato à debitore data. Nunc videndum eſt, an debitor poſſit ſervum pignoratum teſtamento liberum & hæredem ſcribere, & quidem ſi à debitore cum libertate hæres ſcriptus in eadem cauſa pignoris permanſerit, nec liber, nec neceſſarius hæres exiſtere poteſt, expreſſus textus in *l.* 1. *C. de neceſſar. ſerv. hæred. inſtit.* ſi verò paratus ſit ſervus prius creditori ſatisfacere, tunc liber & neceſſarius hæres fit ex Imperatoris Severi reſcripto, ut edocet Ulpianus in *l. pignori obligatum* 30. *de hæredib. inſtit.* in quam rem opus fuit ſpeciali reſcripto, nam quemadmodum directa libertas corruit, ſi aditæ hæreditatis tempore ſervus in pignoris cauſa 37

permanſerit, ſic & evanſcit, cum ſervus hæres ſcriptus tempore mortis teſtatoris adhuc pignori eſt obligatus, quippe ſicut directa libertas cedit ab adita hæreditate, ſic & à morte teſtatoris competit, eum ſervus liber & hæres ſcribitur *l. ex parte 58. de acquir. hæred.* Nec tunc ſervo hæredi inſtituto poteſt defendi fideicommiſſaria libertas, cum nullus ſit alius à quo poſſit manumitti, unde tam libertatis quam defuncti cauſa ſervus reſcripſit, quod etſi ſervus mortis teſtatoris tempore in pignoris cauſa manſerit, ſi tamen paratus ſit prius creditori ſatisfacere, liber illicò & neceſſarius hæres poſſit exiſtere, quemadmodum & cum nudæ proprietatis dominus ſervum liberum & hæredem ſcribat, inſtitutio in id tempus differtur, quo extinguitur uſusfructus teſtante eodem Ulpiano in *l. quoties 9. §. ult. de hæred. inſtit.* Quæ doctrina procedit, ſive debitor ſit ſolvendo, ſive non, *dict. l. 1. C. de neceſſ. ſervis*; nam licet debitor qui ſolvendo non eſt, poſſit in fraudem creditorum ſervum liberum & hæredem ſcribere, *l. 42 l. 55. de hæredib. inſtit. cum vulgatis*, id tamen fallit, quando ex alio capite impeditur libertas, veluti jure pignoris vel alio *l. ſi non lex 83. de hæred. inſtit.*

38 Contra hanc tamen doctrinam expendi poteſt ejuſdem Ulpiani deciſio in *l. ſi ſervum 71. de acquir. hæred.* ubi aſſerit, quod ſi is qui alienum ſervum ab hoſtibus redemit, cum libertate eum hæredem inſtituerit, ſervus liber & neceſſarius hæres exiſtit, nam cum ei dat libertatem, vinculo ſuo reſolvit, & in hoc ſolum redit jure poſtliminii, ut non iterum ſervus ejus fiat, cujus erat ante captivitatem, ſed ut priſtino domino ſuam æſtimationem offerat, vel maneat ei obligatus, donec pretium ſolvat, quod libertatis favore introductum eſſe concludit, ex qua textus ſerie manifeſtè conſtat ſervum hunc redemptum liberum & hæredem fieri ex teſtamento redemptoris, antequam ſuam æſtimationem priſtino domino offerat, licet obſtrictus maneat ad ejus ſolutionem, ergo pariter licet ſervus pignori obligatus in pignoris cauſa permanſerit, poterit ex teſtamento debitoris liber & hæres fieri, & tenebitur pecuniam ſolvere. Sed reſpondendum eſt, quod ſervus redemptus non aliàs liber & hæres fit ex teſtamento redemptoris, quam ſi priſtino domino ſuam æſtimationem obtulerit, & in eo ſimilis omninò eſt ſervo pignori obligato, nec aliud probant illa verba, *vel maneat ei obligatus, donec pretium ſolvat*, quibus non aſſerit Conſultus liberum ſervum & hæredem fieri ante oblationem ſuæ æſtimationis, ſed potius ſervum adhuc eſſe, uſque dum pretium ſolvat, & obligatum vinculo quodam priſtino domino.

39 Sed ut penitùs textus hic ſanè difficilis intelligatur, & in quo favor libertatis conſiſtat, percipiatur, ſic contra ejus deciſionem argumentor. Qui ſervum alienum ab hoſtibus redimit, plenum ejus dominium acquirit, eumque proinde manumittere poteſt, nec manumiſſus priſtino domino ſuam æſtimationem offerre tenetur; ergo non rectè Ulpianus reſpondet favore libertatis inductum eſſe, ut ſervus redemptus poſſit, liber & hæres fieri ex teſtamento redemptoris oblatâ priùs ſua æſtimatione priſtino domino. Antecedens expreſsè probatur ex textu in *l. in bello 12. §. manumittendo 9. de captivis*, ubi Tryphoninus docet redemptorem poſſe ſervum manumittere, & manumiſſum non teneri priſtino domino ſuam æſtimationem offerre. Pro ſolutione ſciendum eſt duo tempora manumiſſionis in ſervo redempto intervenire, unum eſt, cum redemptor ſervum manumittere vult ante uſucapionis tempus completum, alterum tempus eſt, cum redemptor ſervum hunc ſuum factum manumittit, poſtquam ſcilicet lapſum eſt tempus illud, quod ad eum uſucapiendum ſufficere potuiſſet. Quoad primum tempus attinet, meminiſſe debemus, etſi conſtitutio ſervum redimentis faciat, attamen non ita proprium fieri, ut prior dominus oblato pretio eum recipere non poſſit *dict. l. 12. §. ſi quis ſervum 7. de captivis.* Hæc autem pretii oblatio non in infinitum durat, ſed tempore legitimo excluditur, ſi quidem tranſacto tempore, quanto niſi conſtitutio ſervum proprium effecerit, uſucapi potuiſſet, nihil ex conſtitutione domini priſtini ſupereſſe docet Conſultus in *dict. l. 12. §. etſi ignorani 8. de captivis.* Si igitur redemptor ſervi illum prius manumiſerit, quam eum conſtituti temporis poſſeſſione uſuceperit, fatendum eſt jus prioris domini eſſe amiſſum, in eoque caſu Ulpianum locutum in *dict. l. 71.* ut nimirum ſervus teneatur priſtino domino ſuam æſtimationem offerre; favor enim libertatis hoc meruit, ne ſervus redemptus ita manumiſſus, iterum ejus ſervus fieret, cujus erat ante captivitatem, ſed tamen quia domino damnoſum jus conſtitueretur, ſi integro adhuc offerendi pretii jure ſervus libertatem conſequeretur, quod non eſt admittendum *l. poſtliminium 19. §. ſi vero ſervus 5. de captivis*, idcirco viſum eſt rem ita temperare, ut ſervus priſtino domino receptâ jam libertate, vel ſuam æſtimationem offerat, vel ei maneat obligatus, donec pretium ſolverit, quorum nihil metuendum eſt, ſi ſervus redemptus manumittatur poſt elapſum tempus illud, quod ad eum uſucapiendum ſufficere potuit, utpote cum uſucapione completâ prior dominus jus ſuum amiſerit, quo amiſſo non eſt, quod queramur jus deterius effici, quo caſu procedit dicta lex 12. §. 9. ut ejus conceptus demonſtrat, ſic rejecto Fabro in *Papinianea tit. 12. principio 8. illatione 19.* Docet Schifredeg. *ad eundem lib. 3. tract. 21. quæſt. 9.*

Verùm ille gravis, & ab omnibus prætermiſſus reſtat ſcrupulus. Is qui ſervum redemit ſolum in eo habet dominium reſolubile ſub conditione, ſi pretium redemptionis ei à priſtino domino offeratur, oblato enim pretio ſervus retrocreditur, nunquam captus fuiſſe, ſed potius ſemper in priſtini domini poteſtate permanſiſſe propter fictionem poſtliminii, quæ tollit ab initio conceptum dominii in redemptore *dict. l. 12. §. 7. de captivis.* Sed is qui habet dominium reſolubile, non poteſt manumittere ſervum, quod cauſa reſolutionis tollit ab initio conceptum dominii *l. 11. de manumiſſ. l. 3. l. 29. §. 1. qui & à quibus l. ſi eum optio 14. de opt.* 40

leg. argument. text. in *l. ſi fundum* 105. *de condit. & demonſt.* ergo redemptor ſervum redemptum nequit manumittere. Sed exiſtimo poſſe reſponderi, verum quidem eſſe redemptorem dominium ſolum reſolubile habere, & per fictionem poſtliminii oblato pretio tolli in eo ab initio conceptum dominii, ſed tamen per manumiſſionem extinguitur facultas offerendi pretii, quod favore libertatis introductum eſt. Quid ſi prior dominus pretium hujus ſervi nunquam offerre velit? Nec enim ut invitus offerat cogi poteſt, nec aliqua in eam rem ad conveniendum illum actio prodita eſt. An dicendum erit & ferendum, ut invito redemptore, eodemque vero domino ſemper iſte ſervus maneat, adeo ut nec ullo merito ſuo aſſequi unquam poſſit, ut libertatem à domino ſuo conſequatur, atqui hoc iniquum certè fuerit, & contra inſtitutum à majoribus libertatis favorem, ut ait Conſultus in *dict. l.* 12. §. 9. quæ ratio non militat in caſu *dict. l.* 11. *de manumiſſ. cum ſimilibus*, & hanc ni fallor rationem dubitandi præſenſit Ulpianus in *dict. l.* 71. ibi: *& in hoc ſolum reddit jure poſtliminii*, &c. ubi ait fictionem poſtliminii in eo ſolum conſiſtere, ut priſtino domino ſervus ſuam æſtimationem offerre cogatur.

CAPUT SECUNDUM.

De ſervi generali pignori obligati manumiſſione.

1 HUc uſque dicta procedunt in ſervo ſpecialiter pignorato manumiſſo. Cœterum ſi ſervus generaliter ſit pignori obligatus, quod contingit, cum generaliter bona omnia pignoris nexui ſupponuntur, poteſt rectè à debitore manumitti *l. generaliter* 29. *qui & à quibus l. ab eo* 3. *C. hoc noſt. tit.* Quod quidem ex eo prima fronte difficile videtur, nam quemadmodum ex cauſa pignoris ſpecialis jus in re obligata creditor acquirit, ſic pariter ex cauſa pignoris generalis in rebus omnibus obligatis, cum in utroque pignore æquale jus habeat expreſſus textus in *l.* 2. *C. de pignorib.* cum enim omnia bona generaliter obligantur, perinde eſt, ac ſi ſingulæ res ſpecialiter fuiſſent obligatæ, argum. text. in *l. ſi chorus* 79. *in princ. de legat.* 3. quin imo & generalis anterior hypotheca poſteriori ſpeciali præfertur *l.* 2. *qui potiores in pign. hab.* ergo cum jus in re à creditore obtentum impediat manumiſſionem ſervi ſpecialiter pignorati, ut ſæpe dixi, pariter & debet ſervi generaliter obligati manumiſſionem impedire. Hac difficultate fortè oppreſſus Donellus *lib.* 2. *comment. cap.* 13. ſcripſit quod cum generaliter bona obligantur, ſervi in generali obligatione non continentur, ſed ab ea intelliguntur exempti ex *l. obligatione* 6. *de pignor.* Sed longè fallitur, etenim in generali obligatione ſervos contineri, ſicut & res cœteras plus quam manifeſtum eſt, *l. Paulus* 29. §. *ult. de pignoribus*, cum aliis quæ paſſim occurrunt. Quod vel ex eo poteſt, quod in *dict. l.* 29. *& ſimilibus*, ſervus dicitur generaliter obligatus. Nec aliud ſuadet textus in *dict. l.* 6. in quo ſolum dicitur obligatione generali non contineri ea mancipia, quæ in eo uſu debitor habuit, ut certum ſit, eum pignori daturum non fuiſſe, quod idem, & in aliis rebus evenire conſtat ex eo textu junctis duabus legibus ſequentibus.

Quare hoc errore exploſo dicendum eſt, 2
quod licet æquale jus creditor habeat in pignore generali, ac in ſpeciali, tamen multum intereſt inter utrumque pignus quoad impediendam manumiſſionem. Speciale pignus impedit ſervi manumiſſionem, quia ſpecialis conventio magis afficit rem obligatam, nec poſſet ſine manifeſta injuria creditoris aliter conſtitui, qui ſervum hunc ſpecialiter accipiendo pignori ſatis indicavit, hoc ipſo velle ſe eâ potiſſimum ratione ſibi cautum eſſe. Cœterum cum bona omnia generaliter pignori obligantur, deficit ſpecialis affectio creditoris circa ſervum, & publicè intereſt valere libertatem, dummodo nihil interſit creditoris, non valere; nihil autem intereſt creditoris, quoties ex aliis debitoris bonis ſuum conſequi poteſt, ideſt, quoties debitor eſt ſolvendo, hoc enim omnimodo requiritur, ut poſſit manumitti ſervus generaliter obligatus, ne alioquin per legem Æliam Sentiam impediatur libertas, tanquam in fraudem creditoris data *dict. l.* 29. *qui & à quibus.* Docent Antunius Faber in *Papinianea tit.* 5. *principio* 1. *illatione* 3. Schifordegerus *lib.* 3. *tract.* 12. *quæſt.* 3. Oſſuald. *dict. lib.* 2. *comment.* Donellus *cap.* 13. *litter. D.* Nec tunc obſtat, quod ſingulæ res in generali obligatione ſpecialiter videantur obligatæ, nam id verum eſt quoad jus in re & hypothecariam actionem, & quoad cauſam prælationis, non verò quoad impediendam ſervi pignorati manumiſſionem ex ſuperiori ratione.

Verùm ſic adhuc inſurges, cum bona ge- 3
neraliter pignori obligantur, creditor non compellitur unam ex rebus in obligatione contentis liberare, niſi univerſo debito accepto, *l. qui pignori* 19. *de pignoribus*, & ejus arbitrio permittitur ex pignoribus ſibi obligatis, quibus velit diſtractis ad ſuum commodum pervenire, *l. creditoris* 8. *de diſtract. pignor.* ergo cum adhuc in generali obligatione debitor nequeat deteriorem reddere conditionem creditoris, nec etiam poterit ſervum eâ obligatione contentum manumittere. Deinde non ſolum expreſſa ſpecialis hypotheca impedit ſervi manumiſſionem, ſed etiam tacita, ut ſuperius dixi ex *l.* 6. *C. hoc noſt. tit.* atqui in tacita ſpeciali hypotheca nulla vertitur affectio creditoris circa ſervum obligatum, cum hæc non ex conventione, ſed ex legis providentia reſultet, ergo pariter licet ex cauſa pignoris generalis nulla adſit peculiaris circa ſervum affectio creditoris, tamen non licebit debitori eâ obligatione comprehenſum ſervum manumittere. Sed primæ difficultati reſpondeo, quod licet regulariter non liceat debitori pignus adhuc generale minuere, tamen poteſt ſervum per manumiſſionem à cauſa pignoris ſubducere favore libertatis, cui locus eſt abſque creditoris præjudicio, quem ex aliis debitoris bonis creditum poſſe conſequi poſſimus. Secundæ difficultati reſpondendum eſt, quod licet verum ſit in tacita hy-

potheca

.potheca, licet ſpeciali non dari affectionem creditoris circa ſervum, tamen cum ex legis providentia ſpecialis inducitur hypotheca, eoſdem parit effectus, quos expreſſa, & proinde impedit ſervi manumiſſionem. Accedit & illud, quod ſi ſervus ſpeciali tacitâ hypothecâ affectus poſſet à debitore manumitti, extinguendæ hypothecæ facultas ex ejus arbitrio penderet cum inſigni creditoris injuria, at ex eo quod ſervus obligatione generali contentus à debitore manumittatur, non extinguitur pignus, ſed extenuatur argum. textus in *l. qui hominem* 11. *de adm. legat.* quod libertatis favore debituri permittitur ſine detrimento creditoris.

4 Ad hanc juris partem ſpectant textus in *l. libertas* 2. *C. hoc noſt. tit. l. in fraudem* 11. §. 1. *l. ſi cum fideicommiſſa* 16. §. *Ariſto* 3. *qui & à quibus l. ſi in fraudem* 5. *C. qui manumitt. non poſſunt*, textus elegans in *l. Ælianus* 10. *de manumiſſionib.* ubi docemur, quod ſi debitor fiſci ſervo dederit libertatem, non aliàs libertas infirmatur, quam ſi fraudis conſilio data detegatur, ratio eſt, nam ejus qui cum fiſco contrahit, bona omnia ex privilegio tacitè fiſco pignoris nomine tenentur *l. auferuntur* 46. §. *fiſcus* 3. *de jur. fiſci*, *l.* 1. & 2. *C. in quibus cauſ. pignus vel hypot. tacit. contrah.* & pignus hoc generale non impedit manumiſſionem, niſi debitor ſolvendo non ſit, tunc enim non ratione generalis obligationis manumiſſio eſt inutilis, ſed propter legem Æliam Sentiam. Huc etiam pertinent textus in *dict. l.* 6. & 9. *in quibus cauſ. pign. vel hypoth. contrah.* Referendus etiam eſt ad eandem partem difficilis textus in *l. ſi quis obligatum* 6. *qui ſine manum. ad libert. pervenerunt*, ubi ſi quis obligatum ſervum hac lege emerit, ut manumittat, docet Martianus ſervo libertatem competere ex conſtitutione Divi Marci, de qua in *l.* 1. & 3. *eod. tit. cum vulgatis*, licet bona omnia quis obligaverit quæ habet habiturusve eſſet, in qua ſane deciſione edocti videtur ſervum ſpecialiter obligatum poſſe manumitti; de ſervu enim ſpecialiter obligato in principio tractare Conſultum, indicant finalia textûs verba ibi, *licet bona*, &c. quæ caſûs mutationem continent, unde Antonius Faber in Papinianea *tit.* 4. *princ.* 1. & *tit.* 5. *princ.* 5. *illat.* 5. negationem addit, & ita legit: *ſi quis non obligatum*, &c. Nec reſponderi poteſt debitorem in *dict. l.* 6. non manumiſiſſe ſervum quem pignori dederat, ſed alii manumittendum tradidiſſe; nam debitor non ſolum non poteſt ſervum pignoratum manumittere, ſed nec alii manumittendum tradere argumento textûs in *l. ſi minor* 4. *de ſerv. exportand. l. ſi minor* 66. *de verb. obligat. cum ſimilib.* Dicendum ergo eſt ſervum hunc non ſpecialiter, ſed generaliter obligatum fuiſſe, quo caſu ait Conſultus, quod licet venditor ſervi bona omnia obligaſſet, tamen potuit ſervum non ſolum manumittere, ſed & alii manumittendum tradere, vel etiam dici poteſt ita ſpeciem eſſe fingendam: ſervus fuit obligatus vel generaliter vel ſpecialiter creditori cui à debitore venditus fuit, ut manumitteretur, unde extinctum fuit pignus, creditor hic obligaverat alii omnia bona quæ habebat, habiturusve eſſet, quæritur an ſit locus conſtitutioni Divi Marci, nam obligaverat omnia bona, quæ habiturus eſſet, quorum numero hic ſervus comprehenditur, ſed tamen quia pignus generale non impedit ſervi manumiſſionem, dicitur locum habere Divi Marci conſtitutio.

CAPUT TERTIUM.

In quo exponuntur textus aliquot noſtri tituli.

IN *l.* 1. *C. hoc tit.* Docent Severus & Antoninus Imperatores, quod licet vir qui 1
ſolvendo eſt, dotale mancipium poſſit manumittere, tamen ſervus dotalis, quem mulieri pignori dedit, ab eo invitâ uxore non poteſt manumitti, ad cujus rei intellectum ſciendum eſt, quod maritus ſi ſolvendo ſit, quaſi dominus conſtante matrimonio poteſt manumittere ſervum dotalem, vel in teſtamento, vel inter vivos etiam invitâ muliere *l. dotalem* 61. *ſolut. matrim. l. ſervum dotalem* 21. *de manumiſſionib. l. ult. C. hoc noſt. tit. l.* 3. *C. de jur. dot.* ſi verò ſolvendo non ſit, licet alios creditores non habeat præter mulierem ipſo jure inutilis eſt libertas ex lege Julia quæ vetat manumitti ſervum dotalem ab eo, qui ſolvendo non eſt; nam quando maritus ſolvendo non eſt, dos debetur ſtatim etiam conſtante matrimonio *l. ſi conſtante* 24. *in princ. ſolut. matrim. l.* 3. *C. de jur. dot. cum ſimilibus*, quin imo licet dos eo caſu ſoluto demum matrimonio peti poſſet, inutilis eſſet libertas, utpote data in fraudem creditoris conditionalis ex regula textûs in *l. in fraudem* 27. *in princ. qui & à quibus*, ut animadvertit Petrus Faber *lib.* 2. *ſemeſt. cap.* 20. *fol. mihi* 307. cum verò maritus ſolvendo eſt, licet ad effectum libertatis nihil interſit, volente an invitâ muliere manumiſerit, quoad aliam tamen rem multùm intereſt, quippe licet utroque caſu patronus fiat, & admittatur ad legitimam liberti hæreditatem *l. inteſtato* 3. §. *ſi dotalem* 2. *de ſuis & legitimis hæredibus*; tamen ſi volente & donante muliere manumiſerit, quia hæc donatio valet inter virum & uxorem, utpote quæ non locupletat maritum *l.* 7. §. *ult. de donat. inter.* non tenetur reſtituere, quod ad eum pervenerit ex bonis liberti ſive jure patronatûs, ſive alio jure *dict. l.* 24. §. *ſi vir* 4. *l. quod ſi vir* 65. *cum l. ſeq. ſolut. matrim.* quod ſi invitâ muliere manumiſerit portionem bonorum liberti, quam ut patronus fuit conſecutus, tenetur uxori reſtituere condictione ex lege Julia etiam conſtante matrimonio *dict. l.* 61. *l. ſi viro* 64. *cum omnib. ſuis* §. & *l. ſeq. ſolut. matrim.* id verò quod fuerit conſecutus ex teſtamento liberti ultra debitam portionem tenetur etiam mulieri reſtituere non quidem condictione ex *l. Julia*, *ſed judicio de dote ſoluto demum matrimonio dict. l.* 61. *ſolut. matrim.* Docet Cujacius *lib.* 11. *quæſt. Papin. in dict. l.* 61. *ſolut. matrim.* & *lib.* 13. *reſponſ. ejuſdem in dict. l.* 21. *de manumiſſ.* Ex quibus jam conſtat quam rectè Imperatores aſſerunt maritum qui ſolvendo eſt poſſe conſtante matrimonio ſervum dotalem manumittere.

Verùm duæ illicò adversùs hanc deciſionem 2
insurgunt

inſurgunt dubitandi rationes. Prima hæc eſt: uxor adhue conſtante matrimonio domina eſt rerum dotalium, ut ſuadent textus in *l. quamvis 7. de jur. dot. l. 4. de dot. colla*. cum aliis; ergo maritus ſervum alienum inutiliter manumittit. Secunda hæc eſt, rei propriæ inutiliter pignus contrahitur *l. ſi rem alienam 29. de piguor. act. l. nec pignus 45. de reg. jur.* ergo ſervos dotalis uxori conſtante matrimonio inutiliter pignori datur, ſed facilè utraque ſolvitur difficultas, ſi dicamus plurium omiſſis opinionibus ſolum maritum eſſe rerum dotalium verum juſtumque dominum; cœterum quia hoc dominium mariti non eſt perpetuum, ſed abiturum ab eo, ſolutoque matrimonio rediturum ad mulierem, hujus diſſolutionis ac futuræ reſtitutionis intuitu dotem videri non tam mariti quam uxoris eſſe, & adhoe patrimonium uxoris appellari, unde maritus poteſt, ut dominus ſervos dotales manumittere, niſi eos uxori, vel alii pignori ſpecialiter obligaverit. Nec tunc obſtat textus in *l. 29. §. 1. qui & à quibus*, ubi is qui habet dominium reſolubile non poteſt manumittere ſervum, quando cauſa reſolutionis tollit ab initio concepnım dominii, is qui habet dominium reſolubile, rectè ſervum manumittit, ut evenit in præſenti, nam cauſa reſolutionis dominii rerum dotalium, ſcilieet dotis reſtitutio, ſoluto matrimonio non tollit ab initio conceptum dominii, nec efficit, ut retrocredatur maritum dominum non fuiſſe rerum dotalium conſtante matrimooio, & per conſequens maritus licet habeat dominium reſolubile, poteſt tamen ſi ſolvendo eſt, ſervos dotales manumittere niſi eos pignori ſpecialiter dederit uxori, vel alii creditori juxta ea quæ diximus *integro cap. 1. hujus tractatus.*

3 In *l. ult. C. hoc tit.* docet Gordianus Imperator quod maritus non ſolùm ſervos, quos in dotem recepit, manumittere poteſt juxta nuper dicta, verùm etiam ſervos quos ex pecunia dotali comparavit, cujus deciſionis ea eſt ratio, nam cum pecunia, vel quid aliud pondere, numero, aut menſura conſiſtens in dotem datur, tacitè cenſetur permiſſa marito libera diſpoſitio, ita ut ſoluto matrimonio non eaſdem, ſed alias res ejuſdem qualitatis & bonitatis reſtituere teneatur *l. res in dotem 42. de jur. dot.* unde quidquid ex ea pecunia maritus comparaverit, ſibi irrevocabiliter acquirit, ita ot dotale non efficiatur, & per conſequens nee illud uxori ſoluto matrimonio reſtituere teneatur *l. ex pecunia dotali 12. C. de jur. dot.* rectè ergo deeiſum eſt, maritum ſervos ex dotali pecunia eomparatos poſſe manumittere, quia juſtis rationibus dominia eorum ad eum pervenerunt. Nec aliud probant textus in *l. res quæ 54. de jur. dot. l. ſi cum dotem 22. §. ult. ſolut. matrim.* in quibus aſſeritur res ex dotali peconia comparatas dotales fieri; nam præter quam quod hi textus facilè conciliantur cum *dict. l. 11. C. de jur. dot. & cum dict. l. ult. C. hoc noſt. tit.* ex bis quæ tradunt Cujacius *lib. 5. obſerv. cap. 29.* Donell. *lib. 5. comment. cap. 2.* & ibi Oſſualdus *littera C.* Antonius Faber *lib. 5. conjectur. cap. 9.* Petrus Barboſa in *rubrica dig ſolut. matrim. 3. part. ex num. 74.* tamen nullo modo oppugnant ſuperiorem aſſertionem, ſive enim dicamus ſervos ex dotali pecunia comparatos marito acquiri, quin dotales fiant, & oneri reſtitutionis ſubjaceant, ſive è converſo aſſeramus ſervos hos dotales fieri, comperiemus rectè Gordianum reſpondere poſſe maritum eos manumittere cum indiſtinctè, ſive ſint dotales, ſive non, in ejus dominio ſint, ut jam oſtendi.

Difficilior in hanc rem eſt textos in *l. uxor 55. de dona. inter vir. & uxor.* ubi maritus ex pecunia ei ab uxore donata res quaſdam comparavit, ſi ſolvendo non ſit, & res extent. Quærit Paulus ſi mulier revocet donationem, quâ actione poſſit adverſus maritum experiri? Et reſpondet condictionem ſine cauſa uxori competere, quatenus ex ea pecunia maritus locupletior factus eſt, ideſt, quatenus res comparatæ, quæ extant, valent; non tamen ultra quantitatem donatam, & in eo ſolum diſtare eum, cui res ipſa donata eſt ab eo cui pecunia donata eſt, quod ab illo, cui res donata eſt, mulier rem directè poteſt vindicare, quæ extat, quia in dominio ejus permanet, ab hoc autem, cui pecunia donata eſt, rem comparatam directò vindicare non poteſt, ſed pecuniam tantam condicere. Concludit tamen Conſultus utilem etiam in rem actionem mulieri in res ipſas ex pecunia donata comparatas accommodari. Tunc ſic; en ubi res quas maritus ex pecunia ab uxore donata comparavit uxori acquiruntur, cum ei competat actio in rem, quæ eſt præcipuus effectus dominii *l. in rem actio 23. de rei vind.* ergo pariter ſervi, quos maritus ex pecunia dotali comparavit, uxori debent acquiri, & per conſequens noo poterunt à marito manumitti. Verum ut reſpondeam, adverto maximum eſſe diſcrimen inter pecuniam dotalem, & pecuniam ab uxore marito donatam, pecunia enim dotalis propria mariti efficitur, pecunia verò dunata ei non acquiritur, ſed manet in dominio uxoris *l. 1. & per tot. de donat. inter vir.* Quo ſuppoſito reſpondeo rem ex pecunia uxoris à marito comparatam effici mariti, non uxoris, quia res ex pecunia mea ab alio comparata, non eſt mea *l. 1. C. ſi quis alteri vel ſibi l. ſi ut proponis 8. C. de rei vind. cum vulgatis.* Quod & docet Paulus in *dict. l. 55.* eum aſſerat uxorem non poſſe vindicare res à marito ex pecunia donata comparatas, ſed ſolum poſſe eondictionem ſine cauſa intendere. Nec contrarium decidit in fine textus, dum aſſerit utilem etiam in rem actionem uxori in ipſas res accommodari, nam id procedit tantum ex æquitate, quoties maritus ſolvendo non eſt, & plures habet creditores, ad hoe ſcilicet, ut uxor in rebus ſua pecunia à marito comparatis cœteris creditoribus præferatur *dict. l. 22. §. fin. ſolut. matrim.* ubi docet Petrus Barboſa *num. 9. & 32. cum ſeqq. & ad dictam rubricam dig. ſoluto matrim. 3. parte num. 85.* ex quibus jam apparet rectè Imperatorem in *dict. l. ult. C. hoc noſt. tit.* reſpondiſſe maritum ſervos ex pecunia dotali comparatos poſſe manumittere, & inſertur idem dicendom eſſe de ſervis ex pecunia ab uxore donata comparatis, dummodò ſolvendo ſit, aliàs ut ſæpè inculcavi ex lege Sentia inutilis erit manumiſſio.

Quæri poteſt eu hodie poſt novam conſti- 5
tutionem

tutionem Juſtiniani quæ extat in *auth. hoc ſi debitor C. de pignor.* poſſit debitor, qui ſolvendo eſt ſervum ſpecialiter obligatum manumittere, Et quidem dicendum videbatur poſſe, nam ex illa conſtitutione rei pignori obligatæ poſſeſſori, ſi ejus nomine per hypothecariam inquietetur, competit exceptio non factæ excuſſionis, per quam repellit creditorem, ſi ex aliis bonis poſſit conſequi ſolutionem, itaque non prius ad tertios pignorum poſſeſſores pervenitur, quam ſi excuſſis debitoris facultatibus conſtiterit eum ſolvendo non eſſe, ergo nec ante poterit perveniri ad ſervum ſpecialiter pignoratum manumiſſum, & per conſequens debitor ſolvendo exiſtens poterit poſt hanc novam conſtitutionem ſervum pignoratum manumittere. Sed tamen exiſtimo adhuc poſt illam ſanctionem non poſſe debitorem, etſi maximè ſolvendo ſit ſervum pignori obligatum manumittere, ſemper enim manumiſſionem impedit jus ſpecificum pignoris, quod obtinet creditor; nec aliud evincit ſuperior dubitandi ratio, cui reſpondeo, quod illa conſtitutio, etſi jubeat non ante perveniri ad tertios poſſeſſores quam ſint excuſſæ debitoris facultates, non tamen dat debitori pignoris extinguendi facultatem, nam cum pignus ad creditoris ſecuritatem contrahatur, & poſſit evenire, ut debitor qui ſolvendo eſt tempore quo manumiſit, poſt modum ſolvendo eſſe deſinat, eſſet abſurdum in debitoris arbitrio & poteſtate eſſe pignus extinguere per ſervi pignorati manumiſſionem, itaque ea ratio ſolum probat, quod ſi ſervus pignori obligatus fuerit à debitore manumiſſus, hodie non prius poterit ad ſervitutem retrahi, quam ſint excuſſæ facultates debitotis, & quod liber fiet ſi ex aliis bonis creditor, quod ſibi debetur conſequatur, cum tamen ante hanc novam conſtitutionem poſſet creditor nullâ præcedente excuſſione ſervum ex cauſa pignoris vindicare, ſicut & poterat ad tertios pignorum poſſeſſores pervenire excepto ſpeciali caſu textus in *l. Moſchis* 47. *de jur. fiſci.* Quod & nos ultrò verum & rectæ rationi conſonum eſſe fatemur.

6 Diximus etiam ſervum pignoratum utiliter manumitti creditoris interveniente conſenſu ex *l.* 4. *C. hoc noſt. tit.* Addendum eſt ſervum pignoratum liberum fieri, ſi ſcilicet in libertate moratus ſit, ſciente creditore cui pignoris nomine fuit obligatus, nam tunc creditur remiſſa pignoris obligatio omninò ex conſenſu creditoris ex *l.* 1. *C. de remiſſ. pignor.* in quam tamen rem temporis lapſus requiritur, cujus definitio judicis arbitrio relinquitur, ex quo dignoſci poſſit creditorem remiſiſſe pignoris obligationem. Sed argues ex *l. ſi cum fideicommiſſa* 16. §. *Ariſto* 3. *dig. qui & à quibus*, ubi ita demum manumiſſio in fraudem fiſci facta utilis eſt, ſi non minus decennio in libertate moratus fuerit ſervus, ergo id tempus requiri debet in ſpecie textus in *l.* 1. *C. de remiſſ. pignor.* Reſpondeo textum non loqui de caſu quo ſervus in fraudem creditoris manumiſſus, eo ſciente in libertate moratus fuerit, ſed de caſu quo ſervus in fraudem creditoris manumiſſus eo ignorante in libertate moratus eſt, tunc enim decennii lapſus exigitur, ut ſervus in fraudem fiſci manumiſſus ad ſervitutem non retrahatur, quod ſpecialiter obtinet ſervo in fraudem fiſci manumiſſo, nam ſi in fraudem privati manumiſſus eſſet adhuc elapſo decennio ad libertatem non perveniret, ſi eo ignorante fuiſſet in libertate moratus. Ratio ſpecialitatis ea eſt, nam lex Ælia Sentia ſolum pertinuit ad manumiſſiones factas in fraudem creditoris privati, non ad factas in fraudem fiſci, quapropter opus fuit principalibus conſtitutionibus ad revocandas manumiſſiones in fraudem ejus factas *l.* 11. §. 1. *qui & à quibus*; cum illæ ante valuiſſent. Qua ratione ex benignitate inductum eſt, ut is ſervus qui per decennium fuiſſet in libertate moratus ad ſervitutem non retraheretur, quæ ratio non militat in manumiſſione facta in fraudem creditoris quæ ab initio inutilis fuit ex lege Æliâ Sentiâ, ut docet Antonius Faber in *Papinianea tit.* 6. *princ.* 1. *illat.* 9. ex quibus pari ratione dicendum exiſtimo ſervum pignoratum, etſi per decennium fuerit in libertate moratus ignorante creditore, liberum non fieri.

7 Verùm tunc contra hanc partem poterit argui ex textu in *l. Papinianus* 8. § *ult. de inoffic. teſtam.* ubi ſervi quibus vel directa vel fideicommiſſaria libertas competit ex eo teſtamento quo filius fuit exhæredatus, ſi per quinquennium fuerint in libertate morati, & poſt hoc tempus filius egerit quærela, ſervi ad ſervitutem non retrahuntur, cum tamen reſciſſo teſtamento per quærelam retro appareat patremfamilias inteſtatum deceſſiſſe, nullaſque libertates ex eo competere potuiſſe, ut conſtat ex eadem *l.* 8. §. *penult.* ergo pariter ſervus pignoratus licet inutiliter manumittatur, ſi tamen per quinquennium fuerit in libertate moratus, ad ſervitutem retrahi non poterit. Reſpondendum eſt omiſſo Antonio Fabro in ejus rationali, ideo ibi libertates ſuſtineri reſciſſo teſtamento per quærelam, quia quærela inofficioſi téſtamenti non poteſt opponi poſt quinquennium *l. contra mores* 16. *l. ſi quis* 34. *de inoff. teſtam.* niſi magnâ & juſtâ cauſâ in integrum reſtitutio ſit implorata, quæ quidem reſtitutio libertati quæ ſemel valuit, nocere non poteſt *l. ſi ex cauſa* 9. §. *ult. l. ſi mulier* 31. *de minor.* Itaque non ideo manumiſſus retrahitur ad ſervitutem, ſi per quinquennium fuerit in libertate moratus, ſed quia jure communi inſpecto poſt quinquennium non potuit reſcindi teſtamentum per quærelam, ſed ſolum fuit reſciſſum jure ſpeciali propter in integrum reſtitutionem quæ nequit obeſſe libertatibus quæ ſemel competierunt; ne tamen is qui vicit in quærela fraudetur, ſinguli ſervi manumiſſi tenentur decem aureos manumiſſori præſtare *dict. l.* 8. §. *fin. de inoff. teſtam.* ergo conſtat ſervum pignori datum manumiſſum, etſi quinquennium ignorante creditore fuerit moratus in libertate ad ſervitutem retrahi poſſe.

8 Notandum tamèn circa hanc rem duxi aliquando ſervum pignoratum manumiſſum poſſe libertatem præſcribere, ſi per decennium inter præſentes, & viceennium inter abſentes fuerit moratus in libertate, veluti ſi cum ipſe ſervus ignoraret ſe pignori obligatum eſſe à domino fuerit manumiſſus, tunc enim præſente creditore per decennium, aut abſente per viceennium fuiſſet in libertate moratus, libertatem præſcribit, nam ad libertatis perceptionem

tionem, hæc tria deſiderantur juſtus titulus, fides bona & continua poſſeſſio longi temporis *l. 1. & 2. C. de longi temp. præſcript.* quæ pro libertate & non adversùs *l. ult. C. de his qui à non dom. manum.* ſunt quæ omnia in præſenti concurrunt, nam datur juſtus titulus, ſcilicet manumiſſio, & bona fides, nam ſervus exiſtimabat utilem eſſe manumiſſionem, cum ignoraret ſe pignoti obligatum fuiſſe, & continuata poſſeſſio longi temporis abſque ullâ interpellatione. Quin imo & hodie poſt novam conſtitutionem Juſtiniani in *l. 3. & 4. de præſcript. 30. vel 40. ann.* qua cavetur omnem quæſtionem indiſtinctè finiri triginta vel quadraginta annorum præſcriptione ſervus pignoratus manumiſſus, licet ſciat ſe eſſe pignori obligatum, & ſic malam fidem habeat, ſi tamen per triginta annos fuerit abſque ulla interpellatione in libertate moratus, libertatem poteſt ex eâ præſcriptione tueri, ne aliàs deterioris conditionis libertatem, quam res cœteras, quæ per hoc tempus indiſtinctè præſcribuntur, efficiamus, quod eſſet abſurdum. Docet Cujacius *de long. temp. præſcrip. quæ pro libertate, & non adverſus libertatem opponitur.*

DON

DON JOANNIS PUGÆ ET FEIJOO

JURISCONSULTI,

ET PRIMARII ANTECESSORIS SALMANTICENSIS,

TRACTATUS ACADEMICUS VIII.

Ad Legem *ſi Fidei meæ* 28. de legat. 3.

CAPUT UNICUM.

1 UT tam Pauli, quam deciſivam ejus aperiamus rationem, ſupponimus non præmiis modo, ſed & pœnarum comminatione, quæ ærarium Principis auxerunt leges Juliam & Papiam ad nuptias & liberos ſuſcipiendos homines compuliſſe, & caviſſe, ut Cælibes ex teſtamento extranei, nec legatum, nec hæreditatem capere poſſint; orbi verò hoc eſt qui matrimonio juncti liberis carent ſemiſſem ſolum hæreditatis, aut legati caperent, niſi intra 100. dies cretionis legibus paruiſſent, hoc eſt nuptias contraxiſſent, liberoſve ſuſcepiſſent, ut conſtat ex Ulpiano *in fragmento tit.* 17. *C. de caducis.*

2 Secundò præmitto Cælibes, & orbos etiam caducariis legibus inſpectis teſtamenti factionem habuiſſe, ac proinde rectè hæredes inſtitui potuiſſe, & relicta legata eis conſtitiſſe, ut Ulpianus oſtendit *tit.* 22. *qui heredes inſt. poſſ. in princ. & §.* 1. *&* 2. & probant textus ita intelligendi in *l.* 82. *de acquir. hæred. l.* 55. §. 1. *de legat.* 2. ad peregrinorum & deportatorum diſcrimen, qui tanquam Romanæ civitatis expertes, non modo activâ, verùm teſtamenti factione paſſivâ caruerunt, Ulpianus *in fragmento tit.* 22.

3 Hinc & alia profluit differentia, quod deportatis teſtamento relicta pro non ſcriptis habentur *l.* 10. *de heredibus inſtituendis*, neque ad fiſcum pertinent *l.* 3. *in princip. de his, quæ pro non ſcriptis*, ſed abſque ullo onere apud hæredem remanent *l. unic.* §. 13. *C. de caduc. toll.* quæ tamen inſtitutionis, vel legati titulo Cælibibus relinquebantur, in eis tamen civibus Romanis utiliter & cum effectu ab ipſis capiebantur, ſi intra præfixum textum legibus paruiſſent, alioquin caduca fiebant, & ad fiſcum pertinebant, in ſumma Cælibis, & orbi puram & abſolutam teſtamenti factionem & conditionalem capionem habebant.

4 Quibus animadverſis in præſenti quærit Paulus, utrum is qui partem dumtaxat ex teſtamento capere poteſt veluti orbus, ſi quidem extranei teſtamento legatum meruit, illudque alteri ſolidi capacitatem habenti eſt juſſus reſtituere ex cauſa fideicommiſſi, neque intra 100. dies cretionis legibus paruerit, ſolidum legatum capere poſſit? Dubitandi rationem ipſa caducaria lex ſuppeditabat, quam tamen in præſenti conquieſcere ſentit Paulus docens orbum ſolidum legatum, quod reſtituere alteri juſſus fuit, jure capere, quod jam ſcriptum invenimus in *l.* 42. *de legat.* 2. *& in leg.* 26. §. 15. *ad Trebellianum.* Cujus rei deciſiva ratio eſt in eo, quod orbus in effectu nullum ex legato ſentit compendium, quod ei invidere fiſcus poſſit, imò quod percipit fideicommiſſario reſtituit, nec videtur is capere, qui alii reſtituere compellitur *l.* 71. *de verb. ſign. l.* 51. *de regul. jur.* Oroz. *lib.* 1. *cap.* 7. *num.* 4. *&* 5. quemadmodum & dicere ſolemus, quod nil ex teſtamento capere intelligitur qui conditionis implendæ cauſa tantum erogat, quantum accipit *l.* 122. §. *ult. de legat.* 1. & in noſtris terminis ſi orbus conditionis implendæ cauſâ erogaverit pecuniam ultra dimidiam relicti partem, cujus eſt ex teſtamento capax, tantò amplius capit quantum erogat, quaſi non capit id quod erogat, & computatione factâ à lege dimidiam conceſſam portionem ſolum recipiat *l.* 62. §. 1. *de conditione & demonſtratione.* Oroz *ubi ſupra num.* 7.

Hoc ipſum ſic eleganti exemplo comprobatur & demonſtratur, ſi fundus 100. valens Cœlibi aut orbo relinquatur ſub ea conditione, *ſi* 100. *dederit.* Utile quidem propter affectionis rationem legatum eſt, nec fiſci juribus vindicatur, ſed ipſi orbo acquiritur, qui pecuniarium lucrum non ſentit, cum tantum eroget, quantum accipit, juxta textus 2. inſcriptione ſic intelligendos in *l.* 54. *de legat.* 2. *& in l.* 65. *ad leg. Falcidiam*, juncto Ramos *tit.* 4. *ad leg. Juliam & Papiam reli. q.* 37. *num.* 9. Conducit & textus in *l.* 67. *ad leg. Falcidiam.* Ubi cum orbo relictum legatum fuiſſet, ex Falcidia locum habuerit, 5

ita ut ſubducto eo, quod lex Falcidia exceperit, reliquum ſi non excedat ſtatutam lege portionem, legatario debebatur, ideſt, quod per Falcidiam reſecatur, ad legatarium non pervenit, Ramos *dict. lib. 4. reliq. 33. num. 3.* Nil ergo mirum, quod orbus ſolidum legatum; quod alteri per fideicommiſſum reſtituere juſſus eſt, capiat, cum ex eo nullum pecuniarium emolumentum ſentiat, quod ei fiſcus invidere poſſit.

6 Accedit quod cum ſolidi capax fideicommiſſarius proponatur, ad quem commodum omne perventurum cum effectu eſt, non ex eo debet fideicommiſſi partem amittere, quod legatarius ſolidi capax non ſit, imò interpoſitione incapacis ſcilicet legatarii omiſſâ, capientis ſolius nimirum fideicommiſſarii perſona ſpectatur argumento *l. 57. ad leg. Falcidiam.* Quemadmodum etſi hæres rei legatæ commercium non habuerit, ſi tamen legatarius habeat utile eſt legatum *l. 49. §. 3. de legat. 2.* & licet compromiſſor rei in ſtipulatum deductæ commercium non habeat, ſi tamen habeat ſtipulator, ſubſiſtit ſtipulatio *l. 34. de verb. oblig.* quia ſubducta hæredis aut compromiſſoris perſona capientis ſolum, legatarii ſcilicet aut fideicommiſſarii ſtipulantiſve perſonam inſpicimus, ut docent Cujacius, Donellus & Duarenus in *dict. l. 34. & ex eis* Vinn. *in §. 4. inſt. de leg. num. 6.* ne ergo ob incapacem legatarium, injuriam capax fideicommiſſarius experiatur contra vulgarem regulam *l. 74. de reg. jur.* rectè ſtat incapacem legatarium ſolidum legatum capere, quod alii reſtituere tenetur, juſſuſque eſt.

7 Hinc quamvis noſter Paulus de eo ſolum qui capere partem non poteſt, loquatur, ejus tamen ſententiam ad eum qui capere nihil poteſt, pertrahendam cenſemus cum Cujacio ad pandectas in præſenti, quamvis contrarium Donellus exiſtimavit *lib. 8. commentariorum cap. 6.* Expenſa nam hactenus juris ratio circa Cælibem, quoad hanc juris partem ab orbo ſeparari non patitur, & regulariter idem de parte, quod de toto dici ſolet *l. 76. de rei vindicatione.* Accedit, quod ſi legatarius aliquâ ratione indignus effectus ſit, ſi tamen rem legatam alteri reſtituere ſit juſſus, legatum, ut reſtituat, capit, nec ab eo tanquam indignus fiſcus excipit, ut probant textus in *l. 8. §. 14. verſic. autem de inoff. teſtam. l. 27. de excuſat. tutor. l. 1. §. 1. verſic. ſed ſi legatum, ſi quis aliquem teſtari prohibuerit*: ergo ſimiliter licet incapax in totum ſit, integrum legatum capit, quod alteri reſtituere juſſus eſt, neque obſtat, quod deportato relictum legatum inutile omninò eſt, & ſine onere fideicommiſſi penes hæredem inſtitutum remaneat *l. unic. C. de caduc. toll.* nam hæc difficultas ex dictis *num. 1.* facilè diſſolvitur.

8 Sed argues legatum in præſenti habetur pro non ſcripto: ergo apud hæredem ſine onere fideicommiſſi debet remanere: antecedens probatur, legatum quod nullam utilitatem præſtat legatario inutile quidem eſt, & pro non ſcripto habetur *l. 28. de legat. 1. §. ex contrario 14. inſt. de legat.* ſed legatum de quo Paulus nullum affert legatario compendium, ut jam vidimus: ergo inutile, & pro non ſcripto habetur. Reſpondeo quod ſperata ſolum utilitas utile legatum facit, textus elegans in *l. 55. de uſufructu*, & licet poſtea defecerit, ideò non extinguitur legatum *l. 15. ad legem Falcidiam & §. 14. inſt. de legat.* in præſenti verò ſperatam utilitatem in legato contineri manifeſtum eſt, poteſt enim Cælebs, , vel orbus intra 100. dies cretionis legibus obtemperare, & tunc ſi fideicommiſſarius defecerit, aut alio modo deceſſerit legatarius cum effectu legatum capit *l. 17. l. 60. de legat. 2. l. 38. §. 6. de legat. 3. l. 9. de uſufructu*, nec in his juribus ut conſtat, caducum fideicommiſſum efficiebatur, quia caducariæ leges reſtrictæ fuerunt benignâ interpretatione, argumento *l. 19. de lib. & poſthum.* & cum de relictis ab hæredibus præſtandis fuiſſent locutæ, Ulpianus *tit. 17. inſt.* ad fideicommiſſà à legatariis relicta extendi non debuerunt, ut advertit Cujacius ad Pandectas in *l. 17. de legat. 2.* & Retes *ſub lib. 4. opuſculorum ad notas Claudii in l. ult. §. 1. de his quæ, ut indig. num. 6.* niſi forſan legatarius, ut nudus miniſter electus ſit, quo caſu legatarii conceptum non habetur, cum nulla ſperetur utilitas, imò etſi maxime fideicommiſſarius defecerit, apud hæredem fideicommiſſum manebit *l. 17. de legat. 2. l. 8. de alim. l. cum ſimilibus.* Unde cum in præſenti inſperatâ ſaltem utilitate ab initio legatum conſiſtat, non pro ſcripto habeatur, neque etiam deficiente utilitate infirmatur, aut caducum ſit.

Opponitur noſtræ doctrinæ *dict. l. 8. §. 14.* 9
verſic. unde non male de inoff. teſtam. & in l. 2. §. ult. ſi quis aliquem teſtari, in quibus ſi hæres inſtitutus, & hæreditatem reſtituere rogatus ex eo indignitatem contraxerit, quod vel inofficioſum teſtamentum accuſaverit, nec obtinuerit, vel quod dolo fecerit, ne teſtamentum mutetur, hæreditatem, nec ut reſtituat, capit, quam imò ab eo tamquam indigno fiſcus excipit cum onere fideicommiſſi: ergo indignus, vel incapax non eò magis capere legatum poterit, quod illud juſſus eſt alteri reſtituere: creſcit difficultas ex *l. 3. §. ult. ad Trebellianum*; ubi pro regula generaliter dicitur, quod quoties inſtitutus hæres juſſus eſt hæreditatem reſtituere, indignus quacumque ratione efficitur, hæreditatem ab eo fiſcus vindicat cum onere fideicommiſſi, ergo &c. Si dicas pro ſolutione, quod fiſcus tunc ſolum caducum vindicat, cum commodum aliquod poteſt ſentire, at ſi lucrum non ſperat, caducum non vindicat, uti contingit in hæreditate quæ ſolvendo non eſt, quod etiam penes orbum, vel Cælibem ex aſſe remanet, nec à fiſco vindicatur expreſſus textus in *l. 72. de hæred. inſtit.* & eâ ratione hæreditatem in prædictis juribus vindicat, quod Falcidiæ, ſeu Pegaſianæ partis compendium experitur, at ſingulare legatum cum onere fideicommiſſi relictum ideò non vindicat, quia etſi vindicaret, nullum compendium ſentiret, nec quartæ quidem intuitu, cujus diſtractio quemadmodum nec legatario ipſi, quia particularis eſt ſucceſſor non competit *l. 32. §. penult. ad legem Falcidiam cum ſimilibus.* Sic nec fiſco competit, quia in deficientis legatarii locum ſubrogaretur, ejuſque vicem ſuſtineret.

Si id inquam, dicas: ſic evincetur argu- 10
mentum: fiſcus ſolum caducum aut excepti-

vum

vum non vindicat, cum nec de præſenti utilitatem experitur, nec etiam in futurum ſperat, ut in *d. l. 22. de hæred. inſtit.* ſi verò lucrum aliquod in futurum ſperat, caducum vindicare non erubeſcit, ut ecce legatarius à quo fideicommiſſum relictum eſt, ſi ante apertas tabulas deceſſerit, caducum legatum fiſcus vindicat cum onere fideicommiſſi *l. 60. §. 1. de condition. & demonſt.* Ulpianus *dict. tit. 17. de caduc. §. ult.* ſolum propter futuram, quam ambit utilitatem, ſi fideicommiſſarius forſan repudiaverit, vel aliâ ratione defecerit, ſed hæc ſperatæ utilitatis ambitio æque in noſtris viget, ut notum eſt. Cum ergo fiſcus legatum cum onere fideicommiſſi non vindicaret, non ex eo provenit, quod nullum compendium experiatur.

11 Quamobrem reſpondeo cum Cujacio 44. *Pauli ad edictum in l. 2. §. ult. ſi quis aliquem teſtari*, quod ideo ab hærede hæreditatem reſtituere rogato qui indignus effectus eſt, hæreditatem fiſcus eripit cum onere fideicommiſſi, quia alioquin Falcidiæ commodum indignus hæres ſentiret, nec juri conſonum eſt, ut indignus Falcidiam deduceret *l. 5. §. penult. de his quæ ut indig.* & ex eadem ratione ſi incapax hæres hæreditatem eſſet reſtituere rogatus, eam tanquam caducam fiſcus non vindicaret, & ex ea quartam detraheret, & dodrantem fideicommiſſario reſtitueret, at legatum incapaci vel indigno cum onere fideicommiſſi relictum fiſcus non vindicat, non quia utilitatem aliquam ſperare non poteſt, quam imò poteſt ambire, ſed imò potius, quia incapax, vel indignus nil cum effectu capit, quod ei invidere fiſcus poſſit, ut dixi *num.* x. nec id ſpectatur, an ipſe fiſcus poſſit utilitatem ſperare, ſed hoc ſolum, an incapax, vel indignus legatarius compendium experiatur.

12 Huic doctrinæ, & inter univerſale & particulare fideicommiſſum traditæ differentiæ reſiſtit non leviter ab Interpretibus textus proprio, nec infelici forſan, etſi tumultuario labore illuſtrandus in *dict. l. 16. §. 15. ad Trebellianum.* Quod hi qui ſolidum capere non poſſunt, hæredes inſtituti & ſolidum reſtituere rogati coguntur ex Senatus-Conſulto Pegaſiano adire, & reſtituere hæreditatem, quia nihil oneris apud eos eſt remanſurum. Tunc ſic: ergo quoties incapax hæres inſtitutus hæreditatem reſtituere rogatur, tanquam caducum fiſcus non capit cum onere fideicommiſſi, ac proinde nullum quoad juris partem inter univerſale & particulare fideicommiſſum verſatur diſcrimen. Probatur antecedens: nam ſi fiſcus caducam hæreditatem fideicommiſſi onere vindicaret, ipſe quartâ deductâ fideicommiſſario dodrantem reſtitueret *l. 3. §. ult. ad Trebellianum.* Nec opus eſſet hæredem inſtitutum ad adeundam & reſtituendam hæreditatem compelli. Cum ergo incapax hæres inſtitutus hæreditatem adire & reſtituere compellitur, eam hæreditatem cum fideicommiſſi gravamine vindicat, ac per conſequens, &c.

13 Pro ſolutione dicendum exiſtimo, quod etſi quoad legatum cum onere fideicommiſſi relictum nil interſit, utrum ſolidi an partis legatarius incapax ſit, ut dixi *num.* 4. ſi tamen de univerſali fideicommiſſo ſit quæſtio, multum intereſſe, an ſolidi veluti Cælebs, an partis veluti orbus incapax ſit inſtitutus, & reſtituere hæreditatem rogatus, ita ut ſi ei qui capere nihil poteſt veluti Cælebs hæres inſtitutus ſit juſſus hæreditatem reſtituere, fiſcus tanquam caducam vindicat hæreditatem, & ex ea quartam deducat, & dodrantem fideicommiſſario reſtituat circa ea, quæ *præcedenti num.* dixi; at ſi is qui capere partem non poteſt, veluti ſi orbus hæres inſtitutus hæreditatem reſtituere rogatus ſit, fiſcus ſemiſſem hæreditatis ſolum poterit vindicare, & ex eo quartam partem ſeſcunciam ſcilicet, deducere, & reliquam fideicommiſſario debebit reſtituere: orbus verò ſemiſſem alterum, cujus eſt capax, percipit, etſi voluntariè adierit, quartâ ſeſcunciâ nimirum deductâ reliquam fideicommiſſario reſtituet; at ſi adire hæreditatem recuſaverit, hæreditatem adire & nullâ deductione factâ, qui enim compulſus hæreditatem adit, quartæ deductione non fungitur *l. 14. §. 4. ad Trebellianum.* eam reſtituere fideicommiſſario cogendus erit, verſiculo textus in *l. 16. §. 15. ad Trebellianum*: de ſolo eo, qui partis incapax eſt, cautè loquitur, nam in eo qui nil capere poteſt, ſententia ejus non procedit.

Argumentatur etiam quoties legatum cum 14
onere fideicommiſſi relinquitur non fideicommiſſarii, ſed ſolius legatarii perſona debet inſpici: ergo legatum incapaci relictum cum onere reſtituendi capaci ad fiſcum, tanquam caducum debet pertinere, antecedens probatur ex legato dotis à marito uxori relicto Falcidia non detrahitur *l. 81. §. 1. & 2. ad legem Falcidiam.* Et tamen ſi maritus extraneo dotem legaverit, fideique ejus commiſerit, ut uxori dotem reſtituat, legi Falcidiæ locus eſt, difficilis textus in *l. 1. §. 12. de dote prælegata*: ergo quoties cum onere fideicommiſſi legatum relinquitur, non fideicommiſſarii, ſed legatarii perſona debet ſpectari, ac proinde in præſenti, licet capax ſit fideicommiſſarius legatarii in cauſa eſſe debet, ad hoc ut legatum tanquam caducum à fiſco vindicetur. Cui difficultati omiſſo Cujacio ad Pandectas in *l. 1. §. 12.* reſpondendum eo judicio eſt, quod ſicut ex legato dotis à marito uxori relictæ, quamvis lucrum repræſentationis contineat, Falcidia non deducatur, *dict. l. 81. §. 1. & x. ad Falcidiam.* Juncto ſubtili Coſta in *cap. non pater de teſtament. lib. 6. parte 1. verbo legavit ex num. 26. uſque ad 32.* ſic pariter ex legato à marito extraneo relicto cum onere reſtituendi uxori Falcidia non detrahitur, imò omiſſa interpoſiti perſona ſcilicet, legatarii capientis uxoris perſonam nempe fideicommiſſarii inſpicimus *l. 57. ad Falcidiam*, nec contraria eſt *dict. l. 1. §. 12.* quæ meo judicio non in dote à marito prælegata, ſed potius in legato dotis à ſocero relicto procedit, ut ſuadent anteriores §. §. quoties autem ſocer indebitam dotem legat, licet nurui legaverit, Falcidiæ locus eſſe ſcitur ex *dict. l. 1. verſiculo ſed & marito §. 13. de dote prælegata*, nil ergo mirum, quod etſi ſocer extraneo dotem legaverit, ejuſque fidei commiſerit, ut eam nurui reſtituat ex legato Falcidia deducatur in §. 1x. cum etſi maximè omiſſa interpoſiti perſona ſolum attendatur, non eò minus Falcidia deducatur *dict. l. 1. §. 13.*

Ulterius inſtabis. Si quoties legatum cum 15

Digitized by Google

onere fideicommiſſi relinquitur , non legatarii , ſed & fideicommiſſarii perſona attenderetur , ſane quoties uſusfructus alicui legatur ejuſque fidei committitur , ut uſumfructum alteri reſtituat , ex fideicommiſſarii , non verò legatarii perſona æſtimaretur uſusfructus : ergò in legato cum onere fideicommiſſi relicto non fideicommiſſarii , ſed legatarii perſona æſtimatur , ac per conſequeus , &c. Minor probatur, ſi non ex legatarii perſona , ſed & fideicommiſſarii æſtimaretur uſusfructus etiam ſtricto jure , ex fideicommiſſarii , non verò ex legatarii perſona extingueretur : ergo , &c. minor probatur ex *l. 1. quibus modis uſusfructus vel amittitur ex l. 29. de uſufructu legis* , in quibus dicitur , quod ipſo jure inſpecto ex legatarii perſona extinguitur uſusfructus , ex prætoria tamen æquitate , quod ad ſui interitum ex fideicommiſſarii perſona æſtimatur : ergo &c. Reſpondeo ex ſententia Galvani *de uſufructu cap.* 38. *num.* 10. quod etſi regulatiter , uti cum onere fideicommiſſi relinquitur , legatom ſolius fideicommiſſarii perſona conſideratur , tamen quoties uſusfructùs legatum cum onere fideicommiſſi relictum eſt , ſtricto jure , ſi de uſusfructus extinctione tractetur legatarii ſolùm perſona foret attendenda , quippe perſonæ cohæret , ut altero ſemel radicatus , in alterum transferri non poſſit *l. 16. Cod. de uſufructu §. finitur inſt. eod.* adeo ut ſi venditus ſit , licet jus reale fructus percipiendi in emptorem transferatur , tamen non ex emptoris, ſed ex venditoris perſona extinguitur *l. 8. §. ult. de periculo & commodo rei vendita.*

16 Unde cum in legatario ſemel radicatum ſit, etſi poſteà in fideicommiſſariom transferatur, extingui ex perſona legatarii debet , at ex prætoria æquitate inductum eſt , ut cum legatario id ſolùm radicetur, & reſtituatur , non ex ipſius perſona , ſed ex fideicommiſſarii extinguitur, ut præter adducta jura , probat *l 29. §. ult. quibus modis uſusfructus amittatur in l. 8. ſi uſusfructus po eſt* , & facit ab argumento textus in *l. ſi uſusfructus de uſufructu quemadmodum cau.* quin imò cum in omni jure ſola æquitatis ratio ſufficeret , ut non legatarii , ſed & fideicommiſſarii perſona inſpiceretur , id abundè ad excludendum fiſcum in præſenti ſufficeret , contra qoem vel levi prætextu ducti , præſertim quoad caducarias leges Conſulti agerent *l. 10. de jure fiſci & l. 59. §. 1. de condit. & demonſtr. l. unic. Cod. de caduc. tollend.*

17 Deinde ut objectionem aliam diluamus,breviter animadvertimus, in omni jure , quoties cum fideicommiſſi onere legatum relinquitur , ſolius fideicommiſſarii perſonam inſpici , & hinc facilè venit intelligendus in variis nec injucundis ſpeciebus hoc propriom confirmantibus textus in *l. 18. in princ. & §. 1. de aur. & arg. leg.* ubi uxor , quæ ex teſtamento mariti ultra decimam capere non poterat , amplius capit , quia illud fuit rogata reſtituere, ut eum pluribus exprimit Ramos *lib. 4. ad leg. Jul. & Papin. reliq. 33. num. 2. & in l. 5. §. 6. de his qua ut in l. 77. §. de condit. & demonſtr.* juncto Cujacio *lib. 7. reſp. Pap. l. 3. §. 4. 5. & 6. de l'gat. præſt. & in l. 16. §. 7. de bonis libertorum.*

18 Jam vero graviter huic principio & noſtræ quæ ex eo pendet deciſioni , obſtat textus in *l. 41. ex quibus cauſis major* , ubi ſi alicui ſub ea conditione legatum teſtator reliquerit , ſi mortis ſuæ tempore fuiſſet in Italia , fideique ejus commiſerit , ut rem legatam alteri reſtituat , & legatarius ex eo quod abſentiam Reipublicæ cauſâ inſtituiſſet in Italia quo tempore teſtator defectus non fuerit , & ſic fuerit conditione defectus , docet Julianus quod ex edicto *ex quibus cauſis major* , legatarius abſens reſtituendus eſt in integrum , ita ut legatum capiat , & fideicommiſſario reſtituat , en ubi non fideicommiſſarii , ſed legatarii perſona conſideratur , quod poteſt , nam fideicommiſſarius ex propria perſona non potuit promovere beneficium reſtitotionis in integrum , quod ſolùm legatarius Reipublicæ cauſâ abſens promeruit : ergo in legato cum onere fideicommiſſi relicto debet ſolius legatarii perſona conſiderari , ac proinde , &c.

Variis ſolutionibus omiſſis , quas ſolito magiſterio congeſſit D. Serna in §. *rurſus 5. inſt. de actionibus.* quaſquè referre temporis , quibus premimur , anguſtiæ non ſinunt , putabam dici poſſe textum in *dict. l. 41.* tunc ſolùm procedere , cum abſens legatarius non integrum legatum ipſi ſub conditione relictum, ſed aliquam ejus partem alteri reſtituere juſſus ſit , quo caſu ex propria perſona in integrum reſtituitur , quia compendium ſentit , quamvis legatum reliquum fideicommiſſario reſtituat , & in his ſolùm terminis Julianus locutus fuit *ex textu in littera Depromo* , in qua ut deciſivam rationem aſſignet ; ſic ait : *Quis enim dubitavit ſalvâ legatorum & fideicommiſſorum cauſâ militi reſtitui hæreditatem , quam ob id perdidit , quod Reipublicæ cauſâ abfuit* ? Arguit itaque à ſimili in hunc modum ſimiles qui Reipublicæ cauſâ , vel maximè abeſſe cenſetur ſuprà dictâ conditione inſtitutus hæreditatem amiſerit , ſalvâ legatorum vel fideicommiſſorum cauſâ reſtituere ; ergo & abſens legatarius debet reſtitui ſalva fideicommiſſorum cauſa. 19

Sane ut teneat æquiparatio , quemadmodum abſens qui ad hæreditatem amiſſam reſtituitur , qoamvis & legatorum , & fideicommiſſorum præſtationi ſit obnoxius , ex hæreditate aliquod præſens emolumentum ſentit , ſic & abſens legatarius , qui ad amiſſum legatum reſtituitur , quamvis à ſe relictum præſtare fideicommiſſum teneatur , lucrum aliquod præſens ex eo præcipuè ſupponendum eſt , quod tunc ſolùm contingit , cum non ſolidum legatum , ſed ejus partem reſtituere rogatur , in qoo caſu ex ejus perſona , quia emolumentum capit , legatum æſtimatur , ut ex eo probatur , quod in noſtris terminis , ſi incapax vel indignus legatarius non integrum legatum , ſed ejus partem reſtituere juſſus ſit, nec ipſe emolumentum aliquod ſentiat , caducum , vel exceptivum cum onere fideicommiſſi vindicat fiſcus , argumento textus in *l. 27. de excuſatione tut.* Goffredus *in rub. de his qua ut indig. num.* 105. *cum duobus ſeqq.* Unde ſi in *dict. l. 41.* abſens legatarius totum legatum reſtituere juſſus eſſet , meo judicio non eſſet , quia tunc ſolius fideicommiſſarii perſona eſſet ſpectanda , argumento textus quem in his etiam terminis , legatarii ſcilicet , totum legatum reſtituere rogati intelli- 20

telligendum reor in *dict. l. 3. §. 4. de legat. præſt.* ut ratio illa, qna Conſulrus utitur & demonſtratur ibi, quia emolumentum non reſpicit, apertè convincit.

21 Expendi etiam contra noſtram concluſionem poteſt textus in *l. 3. de jure patronatus*, ubi teſtator filiis ſuis tutorem dedit, ei ancillam legavit, fideique ejus commiſit, ut ancillam manumitteret, & legatarius cum tutela ſe excuſaret, legatum agnovit, quod tamen ſi indignus factus jam agnoſcere potuit circa noſtrum textum, docet Conſultus Martianus, quod ſi ancillam fideicommiſſi cauſâ manumiſerit, patronus quidem erit, verùm omni commodo patroni carebit: tunc ſic, jus patronatus nullum commodum pecuniarium in ſe continet, ut probatur tum ex eo quod locopletior non dicitur factus, qui libertum acquiſivit in *l. 26. de reg. jur.* tum quia qui ſervum ſibi legatum teſtamento manumittere jubetur, licet jus patronatus nanciſcatur, onerari fideicommiſſo non poteſt, quia pecuniarium lucrum non acquirit, *l. 92. §. ult. de legat.* 1. & tamen qui indignitatem contraxit, jus patronatus non retinet: ergo indignus effectus, vel incapax, etſi pecuniarium lucrum non ſentiat, capere legatum non poteſt, ac proinde in noſtro textu, &c.

22 Reſpondeo, quod licet locupletior qnis non ideo factus intelligatur, quod libertum acquiſivit, quoad plures effectus, quos congerit Petrus Faber in *l. 116. de reg. jur.* negari tamen non poteſt, quod jus patronatus nonnulla commoda ſecum affert, veluti jus liberto ſuccedendi quod etiam competit ei qui ex fideicommiſſi cauſa manumiſit *l. 3. §. 1. de ſuis & legitimis*; quibus quidem commodis tutorem, qui ex eo quod à tutela ſe excuſarit, indignus effectus eſt, dicitur, carere oportere D. D. Severi & Antonini reſcripto in *dict. l. 3.* meritò cautum eſt.

23 Nec tunc obſtat textus in *dict. l. 5. §. 4. de his, quæ ut indig.* ubi ideo indigno legatum cum onere fideicommiſſariæ libertatis fiſcus vindicat, quia non fuit ſervus legatus, ut manumitteretur, ut in *dict. l. 3.* ſed imò is cui aliquod legatum pecuniarium relictum erat, ſervum manumittere fuit rogatus, & tunc ſic indignus aliquâ ratione factus fuit, ne pecuniarium lucrum aliquod experiatur, ab eo legatum fiſcus vindicat, qui tamen ubicumque redimendi ſervi fuerit occaſio, libertatem præſtare tenebitur.

24 Difficiliter verò poteſt textus in *l. cum quidam 17. ad leg. Corneliam de falſis*, ubi cum is qui propriâ manu ſervi ſibi legatum adſcripſerit, ſervum manumittere juſſus eſt, refert Paulus Senatum cenſuiſſe eum ſervum ab omnibus manumittendum. Tunc ſic: en ubi is qui propriâ manu ſibi legatum adſcripſit, nec legatum quidem capit, ut reſtituat, ſeu ut fideicommiſſariam præſtet libertatem, quia generaliùs dicitur in *dict. l. ult. de his quæ pro non ſcriptis & in l. 14. ad leg. Corneliam de falſis*: ergò incapax, vel indignus, nec ut reſtituat, aut fideicommiſſariam præſtet libertatem, capere legatum poterit.

25 Reſpondendum eſt, quod quoties aliquis propriâ manu ſibi adſcripſerit, licèt habeatur pro non ſcripto legatum eſt, & licet regulariter, quæ pro non ſcriptis habeantur; ſine onere fideicommiſſi apud hæredem remaneant *dict. l. unic. §. 3. C. de caduc.* id tamen legatum, quod quis ſuâ propriâ manu adſcripſerit. licèt habeatur pro non ſcripto; apud hæredem quidem remanet, ſed cum onere fideicommiſſi pecuniarii, aut fideicommiſſariæ libertatis, quia reſpectu fideicommiſſarii ceſſat ratio prohibitionis Senatus Conſulti Liboniani, ut ex dictis juribus conſtat, ex Donello, Valentia *lib. 1. tract. 1. cap. 4. num. 2. & 3.* qui alterum caſum ſubjungit quo legatum quacunque ratione pro non ſcripto habetur, cum onere apud hæredem remanet. Et qui expreſſè traditur in *l. 26. §. 6. de fideicommiſſaria libertate*; cum tale legatum habeatur pro non ſcripto, nec ab initio utiliter conſiſtat, legatarius quamvis lucrum cum effectu percepturus non ſit, capere illud non poteſt, aliâ ſane ratione indigni, vel incapaces, in quibus perſonis utiliter ab initio legatum conſiſtit, qui ideo ſi lucrum non ſint percepturi, capere legatum poſſunt juxta noſtram deciſionem.

26 Notare hic breviter placuit vulgarem textum in *l. 10. §. 1. de inoffic. teſtam.* Cujus deciſiva ratio valet deſumi, intelligi non poſſe de filio exhæredato, qui agnoverit legatum ſibi relictum cum onere fideicommiſſi, qui omninò querelam inofficioſi amitteret, ad cujus amiſſionem non inſpicitur, utrum exhæredatus aliquod lucrum perceperit, ſed utrum judicium patris approbaverit, licet nullum ex eo compendium ſentiret, ut probat expreſſè textus in *l. ultima in princ. Cod.* unde textus in *dict. l. 10. §. 1. juxta litt. de exhæredato filio*, qui legatum alii miniſtravit, officii ſcilicet neceſſitatem compulſus, qui non ideo querelam inofficioſi amittit *l. 3. §. 1. eod.* ut acutè prævidit Antonius Faber *in rationali ad textum in l. 10. §. 1. de inofficioſo.*

27 Verùm illud pro noſtri textus explicatione quæri poteſt, utrum, vel ſcilicet fideicommiſſarius repudiaverit, vel alio modo defecerit, quibus caſibus caducum fideicommiſſum effectum non fuiſſe diximus ex *dict. l. 17. & 60. de legat. 2. cum aliis*, incapax legatarius legatum effectum capiat, an fiſco locus ſit? Et quamvis rem hanc apud nullum controverſam legerim; puto multùm intereſſe, an incapax tanquam nudus miniſter fuerit relictus, quo caſu, eum legatarius non ſit, nec ipſe capit, nec fiſcus vindicat, ſed apud hæredem manet fideicommiſſum *dict. l. 17. cum ſimilibus*; an verò incapax, non nudus miniſter, ſed verus, propriuſque ſit legatarius, & tunc cum legatarius capere non poſſit, ne alioquin lucrum ſentiat, & legatum in eiſdem terminis conſtituitur, in quibus eſſet, ſi ab initio ſine onere fideicommiſſi relictum fuiſſe à fiſco tanquam caducum erit vindicandum.

28 Nec obſtat, quod aliquando incapax ob incapacem cum effectu capiat, ut retineat, ut in *l. 23. §. ult. de adilitio edicto*; nam ibi incapax non percipit ex teſtamento, ſed ex ea cauſa redhibitionis, ſpecies autem ſic exponenda; incapax ſervus vendidit capaci, in ejus poteſtate exiſtens ei hæreditatem extranei alicujus teſtamento acquiſivit, ob vitium aliquod

quod latens fuit redhibitus, tunc emptor venditori non ſolùm ſervum, ſed quidquid apud eum acquiſivit, reſtituit, qui redhibitoriæ actionis eſt exitus, ac proinde & medio tempore acquiſitam hæreditatem, quam eum effectu capit ex teſtamento, ſed ex cauſa redhibitionis nec fiſcus vindicat, quia ex teſtamento non incapax, ſed capax ſolùm acquiſivit, quo pertinet textus in *l.* 140. *de verb. ſign.* ibi cepiſſe dicetur, vel videtur, & qualis acquiſivit, ut in *l.* 23. §. *ult.* ubi capax, qui effectu non ſibi, ſed incapaci hæreditatem acqoiſivit, eam cepiſſe intelligitur, ut fiſcus excludatur, pro ut doctè explicat D. Zamora *ad legem unic. C. de his qui ſe diff. tit.* 10. *parte* 1. *num.* 26. nec magis urget textus in *l.* 26. *de lib. legat.* ubi incapax propter capacem contrarium ſocium ſentit commodum liberationis, quia hæc eſt acceptilationis natura, & alioquin nec capax cum liberaretur *l.* 3. §. 3. *in fine Cod.* Zamora *ubi ſuprà num.* 27. Cujus doctrinam exurnarem eleganti, ſpecioſoque ad rem textùs in *l.* 13. §. *ult. de inofficioſo vid. l.* 67. §. *ult. ad Trebellianum.*

29 Objicitur ampliùs contra nuſtram præcipuam aſſertionem, quod ſi incapax legatarius ſolidum legatum, quod reſtituere alteri juſſus eſt, capere ideo poſſit, quod ex eo nullum cum effectu commodum percipit, utique & incapax veluti orbus, coi legatum ſub conditione in dando conſiſteute relictum eſſet, tanò magis poſſit ex legato percipere, quantùm in conditione erogaret, ot textus in *l.* 62. §. 1. *de condit. & demonſtrat.* ſed orbus ex eo non ultra dimidiam partem percipit, quod ſummam aliquam conditiunis implendæ cauſa erogavit: ergo nec ex eo relictum ſibi legatum cum onere fideicummiſſi capere poterit, quod nullum compendium experiatur, minur approbatur ex *l.* 43. §. 2. *de cond. & demonſtr. & ex l. ei qui* 20. *de mort. cauſ. don.* in quibus ſi ei qui partem capere non poteſt, veluti orbo ſub conditione, ſi certum dederit, legatum relictum ſit, ideo ſenditur, ita ut orbus legatarius, qui dimidiam partem legati capit, dimidiam pecuniæ partem implendæ conditionis cauſa præſtare tenetur; fiſcus verò qui dimidiam legati capir, dimidiam alteram ſummæ partem præſtate cogatur; tunc ſie, ſi incapax veluti orbus tantùm magis ex legato pereiperet, quantùm implendæ conditionis cauſa erogaret, poſſet utique integram ſummam præſtare, & ultra dimidiam relicti partem illud ampliùs capere, quod integræ ſummæ correſpooderet, ſed non poteſt, imò ut dimidiam legati partem aſſequeretur, dimidiam etiam ſummæ couditionis prepoſitæ partem præſtare tenetur; ergo non tantùm magis ex legato percipit, quantùm conditionis implendæ cauſa erogavit ac proinde, &c.

30 Ingenti buic difficultati ſubtiliter, & ſi confusè nimis reſpondet Goffredus *ad rub. de his qua ut indig. in dict. num.* 15. *cum* 4. *ſequentibus*, cujus mentem ſic aperiendam conjector; orbus legatarius cui ſub cunditione legatum relictum eſt, poteſt quidem ſi vellet integram ſummam præſtare inſolidum, & ſie conditionem implere, & tunc præter dimidiam legati partem, id eriam ex legato nanciſcatur, quod integræ, qoam præſtitit ſummæ reſpondeat, textus ſic intelligendus in *dict. l.* 62. §. 1. *de condit. & demonſtr.* argumento textus in *l.* 26. *in princ. de legat.* 1. ſi autem orbus nolit integram ſummam præſtare ad id cogendus non erit, quod ſolùm aſſerit textus in *dict. l.* 20., ut ex ejus litera manifeſtè conſtat, & tunc ſi partem ſolius ſummæ præſtiterit, prout poteſt, præter dimidiam relictam partem id ampliùs capit, quod ſolutæ pecuniæ reſpondeat, quo ſenſu partem ei debere dicitur pro rata, quia legatum conſequitur *dict. l.* 20. quâ eriam interpretatione intelligendus textus in *l.* 43. §. 2. *de cond. & demonſt.*

31 Fulciri etiam noſtra concluſio ex eo *à ſimili*, quod ſi creditori, qui ex teſtamento capere non poterit debitor, quod debet, legaverit, ſi quidem utile legatum ſit propter repræſentationis commodum, ne hujuſmodi lucrum incapax ex teſtamento percipiat, caducum legatum efficitur circa textum quem ſic cootra inſcriptionem intelligit D. Zamora *de legat. cap.* 5. *num.* 18. *in l.* 29. *de legat.* 1. ſi verò legatum ex eo ſolum conſiſtat, quod ſit per vindicationem relictum circa terminos textus in *l.* 28. §. 1. *de legat.* 3. Cælebs, vel orbus legatarius capere tale legatum poteſt, cum ex eo pecuniarium lucrum non ſentiat, quod poſſit fiſci ambitionem provocare, ot probatur textus in *l.* 27. *de probat. & in l. cum quis* §. 6. *de legat.* 3. in quibus ſi prætextu debiti incapaci relictum legatum ſit, à fiſco viudicatur ex ea ratione quam tradit Gomez in *l. Tauri num.* 33. *&* 7. & Amaya in *l.* 1. *C. de delator. tit.* 10. *num.* 9. *&* 11. ergo ſi verum debitori, & in ſola commodioris actionis utilitate legatum conſiſterer, à Cælibe vel orbo cum effectu caperetur, nec à fiſco vindicaretur, prout eos textos inducit D. Franciſcus Zamora *ad leg. unic. C. de his qui ſe deferunt parte* 1. *num.* 3. qui ad hanc juris partem referendum attentâ inſcriptiune putat textus in *l.* 20. *&* 140. *de verb. ſign. ſimiliter.* Ergo in præſenti incapax legatarius capere ſolidum legatum poterit, quod alii reſtituere juſſiſſet. Si dieas legatum dotis à matito uxori relictum repræſentationis commodum continere §. 15. *inſt. de legat.* Et tamen ſi maritus uxori, quæ decimam ſolùm capere poterat, dotem legaverit, nec repræſentationis à fiſco vindicabatur, ut inſpectâ inſcriptione, probat textus in *l. cum ab uno* 53. *de legat.* 2. ergo ſi incapaci creditori legatum à debitore relictum inter uſurii commodum cuutineat, non eò magis interuſurium viudicare poteſt fiſcus: Facilè reſpondeo, quod legibus ipſis decimariis cautum nominatim fuit, ot uxor ex teſtamento mariti præter decimam, dotem ſibi relictam capere nun poteſt, ut ait Ulpiahus *in fragmentis tit.* 15. *de decimis* §. *ult.* quæ res efficit, ut ſi legatum dotis lucrum repræſentationis contineat, illud fiſcus vindicare non poſſit, in *dict. l.* 53. quod minime ſic circa Cælibem & orbum cautum invenitur.

Laus Deo, Virginique Mariæ.

DON JOANNIS PUGÆ ET FEIJOO JURISCONSULTI, ET PRIMARII ANTECESSORIS SALMANTICENSIS,

TRACTATUS ACADEMICUS IX.

Ad titulos inſtitutionum pandectarum & codicis, quod cum eo qui in aliena eſt poteſtate negotium geſtum eſſe dicitur.

CAPUT PRIMUM.

In quo edicti conſtitutio refertur, ejus ratio illuſtratur, quibuſque ex eo deſcendens exceptio competat deſcribitur.

1 CUM obligationum omnium ſubſtantia in eo conſiſtat, ut debitorem ad aliquid dandum, vel faciendum adſtringat, *l. obligationum* 3. *de oblig. & act.* & creditori ad id exigendum efficacem præbeat actionem *l.* 51. *eod.* infertur, quod ſi ei rei judicatæ ſubſerviat autoritas elapſo tempore, quod humanitatis gratiâ judicatis indultum eſt *l. cum militi* 16. §. 1. *de compenſat. l.* 4. §. *ſi quis* 5. *de re judicata l. ſi debitor* 21. *de judiciis*, *l. ult. Cod. de uſuris rei judicatæ.* Gellius *lib.* 20. *noctium atticar. cap.* 1. ſolidum debita ſolvere compellatur judicati actione, quâ integrum debitum exigitur, etſi judicati facultates id commodè non patiantur, nullâ habitâ ratione nè egeat, quod ſi bona ſolutioni non ſufficiant exploſa *l.* 12. *tab.* duritie & ſeveritate quæ in miſerum debitorem exercebatur, docent Petrus Gregorius 3. *ſent. lib.* 22. §. 8. *cum pluribus relatis* à Pichardo in §. *ult. inſt. de act. ex num.* 7. poteſt debitor ab flebile ceſſionis beneficium confugere omnia bona creditori dimittens, & non modò vitam ſervat, ſed & carceris evitat moleſtiam *l.* 4. §. 1. *de ceſſione bonorum l.* 1. *C. qui bon. ced. poſſeſſ. l ob æs* 12. *C. de oblig. & act.* argumento textus in *l. fin.* §. *ult. de lib. hom. exhib.* Unde conſtat ſolâ benignitatis ratione beneficium inductum fuiſſe per quod licet fortunis ſuis debitor ſpoliatur, tamen à creditoribus non poteſt ampliùs inquietari uſque dum ad meliorem fortunam pervenerit modo præſcripto in *l.* 4. *l. qui bonis* 6. *ff. de ceſſione bonorum*, proſequuntur Pichardus & ab eo relati ubi *ſupra n.* 2. *& præcipuè n.* 26.

2 Ab hac tamen regulâ generali quædam excipiuntur perſonæ quibus ob varias rationes indultum eſt, nè inſolidum, ſed in id ſolum quod facere poſſit, condemnetur habitâ ratione, nè egeant *l. ſicut* 16. *de re judicata l. in condemnatione* 173. *de regul. jur.* propter ſtrictum charitatis vinculum parentibus, & liberis hoc beneficium tributum eſt *dict. l.* 16. *in fin. l. ſicut* 7. §. 1. *de obſeq. parentib. & patr. præſt.* §. *ſed etſi* 38. *inſt. de act. l. cum extra cauſas* 30. *de re judicata.* & ob eamdem fere rationem argumento textus in *l.* 63. *pro ſocio.* idem ſocio conceſſum eſt, ſive omnium bonorum ſocius ſit *dict. lib.* 16. *verſic. ſocius autem ſive unius fundi vel rei dict. l.* 63. *in princ.* ubi eam reddit rationem Ulpianus, quia ſocietas jus quodam modo fraternitatis in ſe habet. Eadem exceptio accommodatur marito *l. Patronus* 17. § 1. *de re judicata l. maritum* 12. *ſol. matr. l. ſicut* 21. *cum l. ſeq. de re judicata.* eamdem exceptionem habent patronus, patrona, eorum liberi, & parentes ob inæſtimabile beneficium libertatis, *l. Patronus* 17. *de re judicata.* Item is, qui ex liberali promiſſione convenitur *l.* 12. *de donatione l. inter eos* 19. §. *ult. l.* 49. §. 1. *cum l. ſeq. de re ju-*

Digitized by Google

dicata. Ubi hæc ratio ſubjicitur nè liberalitate ſuâ quis inops periclitetur. Eâdem gaudet exceptione miles, qui ſub armata militia ſtipeudia meretur. *l. miles* 6. *l. item miles* 18. *de re judicata.* propter bona etiam amiſſa miſericordiæ causâ ei qui bonis ceſſit, in facultatibus poſtea acquiſitis *l.* 14. §. 6. *de ceſſione bonorum* item privilegium conceditur, & datum legimus. Ad alias vero perſonas à paritate rationis illud extendunt interpretes, quos refert & ſequitur Pichard. *in manu duct. ad praxim. parte* 2. *ex a.* 61. cas enim per iudicem tetigiſſe ſufficiat, ut in noſtri tractatus progreſſu argumento à paritate facilius ducto diluantur.

3 Eamdem exceptionem Prætor dictis verbis, quæ referuntur *in l. ait prætor.* 2. *hoc tit.* tribuit filiofamilias ſui juris effecto vel emancipato, vel morte patris, dum modo ſit exhæredatus, vel ſi inſtitutus à paterna abſtinuit hæreditate; cujus rei nomine, quæ cum eo contracta fuit, dum erat in patria poteſtate exceptionem ſe daturum causâ cognitâ pollicetur; quod edictum aliud ſupponit, aliud vero continet: Supponit filiumfamilias ex omnibus contractibus tamquam patremfamilias obligari *l. tam ex* 57. *de judiciis l. filius* 39. *de ob. & act. l. ſi quis* 44. *cum ſeq. de pec.* cum æque civilis Romanus ſit. *l. ium civium* 4. *de his qui ſui vel alieni juris*, & integram habeat perſonam, unde & in ſolidum & ſua obligatione convenitur, & ſi judicatus non ſolvat, in carcerem conjicitur, niſi bonis cedat beneficium enim ceſſionis in filiis etiam familias datur *l. cum filiis* 7. *C. qui bonis cedere.* cum poſſint propria habere, quæ patribus non acquirantur. Vel etſi nil, ideſt, patrimonii habeant, tamen debet bonorum ceſſio admitti, ne injuriam patiantur, ut ait Imperator *in dict. l.* 7. ſubjiciens nullum quoad hanc partem inter patrem, & filiumfamilias intervenire diſcrimen quod procedit in obligatione ex contractu, vel maleficio, vel quaſi deſcendente. Si excipiamus cauſam ex SC. Maced. *l.* 1. *& per tot. ff. & C. ad Maced. & voti l. ſi quis* 2. §. *ſi voto* 1. *de pollicitatione.* quoties vero filiusfamilias obligatur non illico patrem obligat, nam licet identitatis fictio inter patrem & filium locum jure civili habeat *l. ult. C. de impub. & aliis ſubſt. cum vulgatis* tamen tum demum dives exercet, cum de patris commodo agitur cum ejus favore fuerit inducta, unde obligationes omnes patri per filium quæruntur *princ. inſt. per quas perſonas nobis acquiritur obligatio.* non tamen filius patrem obligat, quia de ejus incommodo agitur, ne fictio, quæ in patris favorem inducta eſt in ejus odium retorqueatur *l.* 6. *C. de legibus*, niſi patris conſenſus accedat, tunc enim ſi abſolutus eſt abſolute in ſolidum obligatur, ut contingit in actione quod juſſu, ſi limitatus reſpectu alicujus negotiationis, in illa tantum, ut evenit in actione exercitoria, & inſtitoria, ſi vero limitatus ſit conſenſus reſpectu peculii, abſolutus vero reſpectu cujuſcunque contractus, ex omni contractu filiifamilias de peculio pater obligatur. Libuit hoc de obligatione patris admonere ut facilius dicenda intelligantur. Jam quod edictum noſtrum ſupponit vidimus, nunc quod ponit videamus, ſi filiusfamilias ſui juris efficiatur emancipatione vel morte patris dummodo ſit exhæredatus, vel ſi inſtitutus ſe abſtinuerit ab hæreditate, eadem manet obligatio quæ contracta fuit, dum erat in patria poteſtate, nam licet olim per emancipationem nimiâ juris ſubtilitate obligationes extinguantur, tamen reſtitutæ & ſuſcitatæ ſunt, id æquitate ſuadente à prætore in edicto *de cap. minutis l.* 2. §. *cum aliis de cap. minutis* de quo ad nos agere non ſpectat. primò quia noſtrum illud ſupponit. ſecundo quia non ſolum agit de filiofamilias emancipato, ſed generaliter de filiofamilias quocumque legitimo modo patris nexu liberato, ut illud recte interpretatur *Ulpianus in dict. l. ait,* 2. §. 1 *hoc. tit.* ex quo convincitur Duarenus qui in paraphraſtica expoſitione ad noſtrum *tit. cap.* 2. exiſtimavit edictum de capite minutis noſtro edicto cauſam dediſſe quod inferius latius refellendum, & per conſequens in ſolidum etiam ſui juris effectus potuit conveniri, quemadmodum & in ſolidum conveniri poterat antequam poteſtate exueretur *dict. l.* 39. *de ob. & act.* Prætor tamen juris civilis rigorem in hac parte ut in aliis ex æquo & bono temperans, cum quidem in ſolidum convenire permittat à creditoribus, exceptionem ei accommodat in quantum facere poteſt. Per quam conſequitur, ut ab eo ſolidum non extorqueatur, ſed imo ejus habeatur ratio ne egeat juxta *reg.* textus *in l. in condemnatione de reg. juris.* ſi convenitur ob contractus geſtos in patria poteſtate, ſive ſua voluntate contraxit, ſive juſſu patris, ſive in peculium ipſius, ſive in patrimonium patris ea res redacta fuerit, cauſa ſane & cognitione præbita aliqua, mox edicti verbis id omne continetur, nunc ejus rationem perſcrutemur.

Et quidem varias rationes interpretes afferunt. 4
Accurſius, quem ſequitur Duarenus *ubi ſup. dict. cap.* 1. ait, eam edicti fuiſſe rationem, nam cum Prætor ex æquitate reſtituat obligationem creditoribus, quæ emancipationis commento fuerat extincta & ipſo jure rigore juris attento, filius deberet comdemnari in ſolidum, quia ea eſt natura reſtitutionis, ut in priſtinum ſtatum rem reponat *l. quod ſi minor* 24. §. *reſtituto* 4. *de minoribus.* tamen quia id paulo durius videbatur, ut cum ita magno filii incommodo creditoribus reſtituerentur obligationes, noſtro edicto cautum fuit, ut exactio proveniens ex cauſa reſtitutæ obligationis non in ſolidum, ſed in quantum facere poſſet locum haberet: Sat enim ſufficere viſum fuit Prætori creditoribus extinctas obligationes reſtituere, quin ſolidi extorſione filius prægravetur; ſed ratio hæc facilè convincitur, quippe edictum non ſolum loquitur de filio emancipato, ſed & de filio exhæredato, vel qui ſe abſtinuit ab hæreditate, ut nuper dixi *dict. l.* 2. *in principio hoc tit.* & locum habet quocumque modo filius ſui Juris fiat *dict.* §. 1. *dict. l.* 2. *hoc tit.* Atqui quando filiusfamilias alio modo præter emancipationem ſui juris fit, actiones nullo jure extinguuntur, cum hioc nulla capitis interveniat diminutio, *l. ſi quis* 3. § *ult. ad Maced.* docet Faber *in Papin. tit.* 16. *principio. illatione* 4. & 8. & per conſequens opus non eſt creditoribus prætoris beneficio. Ergo non ideo filius ex edicto habet exceptionem, in quantum facere poteſt, quod edictum de capite minutis noſtro cauſam dederit. Nec nobis Accurſius regerat edictum noſtrum nominatim locutum de emancipato, poſtea vero ab emancipatione ad alios caſus

extinſ-

ſum fuiſſe : nam præter quam quod conſtat edictum non ſolum meminiſſe emancipati, ſed & exhæredati, & abſentis, & incertum eſt conſtitutionem de aliquo caſu nominatim locutam fuiſſe; & certum eſt eam nominatim locutam ad alios caſus extendi, niſi ſint ſimiles, & par illis ratio vigeat, ſi verò ob dictam rationem locutum fuiſſe edictum circa emancipatum filium, nullâ interpretatione poſſet ad alios modos porrigi, quibus filius ſui juris efficeretur.

5 Aliâ viâ rem expediendam cenſet Faber in Rationali ad *l. 2. hoc tit.* quem ſequitur Pichardus *in rubr. noſtri tit. in inſtit. n. 9.* dixitque ex eo pendere rationem, quod cum filius familias, dum durat patria poteſtas, quidquid acquirat patri acquirat, *l. 1. ſi quis à parente*, è contra infertur præcisè patri acquiſiviſſe lucrum omne, & emolumentum proveniens ex contractibus in poteſtate geſtis. Abſurdum quippe eſſet filium in ſolidum obligatione teneri ex proprio contractu in poteſtate geſto, cujus utilitas ad patrem ſolum acquiſita eſſet; ideo ergo etiamſi beneficium conceſſum eſt à Prætore, ut in eo tantum quod facere poſſit condemnetur. Verum nec hæc ratio poteſt ſuſtineri, quod patet ex ſequentibus; nam ſi ob hanc cauſam exceptio hæc filio accommodaretur, non ſolum ipſi competeret, quando ex contractibus geſtis in poteſtate convenitur ſui juris effectus, ſed ei daretur, quando convenitur ex ſua obligatione dum eſt in poteſtate; ſed exceptio non competit ei, qui eſt in poteſtate, ſed cum nexu patris ſolutus eſt, ergo corruit ratio à Fabro aſſignata: majorem ſic probo: quando filiusfamilias ex negotio geſto in poteſtate convenitur, eademque poteſtate durante, æquè convenitur ex negotio, cujus utilitas, & lucrum ad patrem, non vero ad ipſum pertinet; at quandò ex eodem negotio ſui juris effectus convenitur, ut patet; ergo ſi prædicta ratio vera eſſet, hæc exceptio non ſolum competeret filio ſui juris effecto, ſed in poteſtate manenti ex negotio geſto in poteſtate convento; hoc falſum eſt; ergo & illud ex quo ſequitur; deindè hæc exceptio non ſolum competit filio convento ex negotio, cujus emolumentum patri fuit quæſitum; ſed etiam ex negotio ex quo nec patri, nec ſibi ſui juris eſſet, cum illud geſſit, lucrum illud poteſt acquiri; ergo prætor non inſpexit rationem lucri acquiſiti patri, ut hanc exceptionem filio daret: antecedens ſic oſtendo: ex tutelæ adminiſtratione nullum lucrum tutori poteſt acquiri, quin potius onus maximum illi infertur. Unde videmus tot controverſias ſuper admittendis excuſationibus, quæ proculdubio minus eſſent frequentes, ſi commodum aliquod tutori ex adminiſtratione contingeret, ut ſunt homines ad ſibi conſulendum promptiores; nec qui poſſint locupletiores fieri, ſi infideles ſint, contrarium ſuadet; id enim cujuſque intereſt quod ex honeſtâ cauſâ intereſt *l. etiam 11. de furtis. l. 15. de conditione & demonſtratione. l. Pomponius 15. de negotiis geſtis*; ſed filius ſui juris effectus conventus ex tutela, quam geſſit in poteſtate ſolum convenitur in quantum facere poteſt *l. ſi filiusfamilias 11. de tutela & rat. l. tutorem 37. §. inde de adminiſt. tutoris.* Ergo hæc exceptio competere nequit ratione obligationis, ex qua nulli poſſit lucrum acquiri, ac per conſequens Prætor non inſpexit rationem lucri acquiſiti patri; antecedens præter quam quod veriſſimum puto, ulterius æquè habet filius exceptionem cum convenitur ex contractu pertinente ad caſtrenſe peculium, atque quando convenitur ex negotio ad patrem ſpectante: ergo edictum non inſpexit rationem lucri acquiſiti patri: antecedens præter quam quod veriſſimum puto, ſic probo: ex edicti verbis, quæ referuntur *in dict. l. 2. hoc tit. ibi. Sivè in peculium ipſius, ſive in patrimonium ejus eſſet.* ex quibus apparet generaliter dari exceptionem ex contractu geſto in poteſtate, ad quodcumque peculium pertineat, unde ſolum exceptio ceſſat, quando filius convenitur ex delicto *l. 4. §. quamque 2. hoc tit.* tandem ſuadetur *ex dict. l. 37. §. 2. de adm. tut. ibi*: ſive peculium non ſibi ademptum, ſive ademptum ſit, *in id quod facere poteſt.* ubi filio exceptio datur, ſive peculium ei ſit ademptum in emancipatione, ſive non. quo caſu cum ſequitur §. *peculium 22. verſiculo peculium autem inſt. de legatis.* ergo ratio lucri acquiſiti patri nulla eſt, cum hoc caſu peculium fiat filii, & tamen exceptio ei competit.

Nec verior licèt plauſibilior ratio eſt, quam tradit Donellus *ad noſtrum titulum in C. n. 66. cum 2. ſequentibus.* Ait ideò hoc beneficium filiofamilias tribui, quia cum ſui juris ſit, repentè bonis prioribus, & facultatibus excidit, cum jam ampliùs bonis patris, & ſumptibus non alatur, quæ vero repentè emergunt auxilio putantur *l. 11. §. ex cauſa 8. de interrog. in jure facto.* ſed tamen ipſe Donellus prævidet hanc rationem non ſufficere ad hanc exceptionem inducendam, ſed ſolum ad ceſſionis beneficium ut ex aliis docet Pichardus *in §. ult. inſt. de action. n.* 40. alioquin omnibus debitoribus, qui debita ſua amiſerunt, eadem exceptio tribuenda eſſet. Addit itaque hanc rationem, quod creditores, qui cum filiofamilias contraxerunt hos caſus, prævidere potuerunt, nihil enim eſt tam frequentius, quam patris poteſtate filiumfamilias liberari, nec juſte quæruntur, ſi dicant ſe ignorare, eum cum quo contrahebant eſſe filiumfamilias; nam qui cum alio contrahit, ejus tenetur ſcire conditionem *l. qui cum 19. de reg. juris.* & hic ſiſtit; poterat tamen ſuam ſententiam fundare *in l. ſed an 3. hoc tit.* ubi diſcrimen ſit inter creditores, qui cum filiofamilias contraxerunt, dum erat in poteſtate, & eos qui cum eo ſui juris facto contraxerunt, ut illis poſſit objici exceptio, his verò non poſſit: ergo maximè quia creditores illi ſibi imputare debent cur cum eo contraxerunt, quem prævidebant bonis omnibus exuendum, ſecundis verò nihil ſit, quod imputetur. Nec diſplicuiſſe videtur hæc ratio Fabro *in rat. dict. l. 3.* verior tamen, ut dicebam, hæc ratio non eſt, nam convincitur ex eo, quia inopia per ſe non ſufficit ad hanc exceptionem concedendam, nec quod à creditoribus ſit præviſa in cauſa eſſe poteſt, ut debitori faveatur hoc ei dato beneficio, nam quemadmodum creditoribus poteſt imputari, cur cum filiofamilias contraxerint, prævidens eumdem caſum, nec nobis hic illud objici poteſt, favorabiliores eſſe reos, quam actores *l. Arianus 47. de oblig. & act.* nam id ita accipiendum eſt, cum de actuum interpretatione agitur, vel de aliis ſimilibus, non vero cum conſtat de obligatione, 7

& pari negligentiâ ex parte actoris & rei arguitur, ut hic: deinde ſi imputari poſſet creditoribus cur contraxerint cum eo, quem prævidebant bonis poſſe exui, fortius eis imputaretur cur contraxerint cum eo quem ſciebant jam exutum, quod accidit cum contrahunt cum filio ſui juris effecto, atqui hoc eis non imputatur *in dict. l. 3.* ergo nec illud falſum eſt creditorem illum caſum prævidiſſe; nam potius debet creditor prævidere ad filium bona patris perventura ſpectantem parentum erga filios caritatem, & commune votum *l. ſcripto 7. unde liberi.* quo omnia filiis parant *l. 15. de inofficioſo teſtamento* quod ſic de teſtatore præſumitur *in l. Julianus 26. ſi quis omiſſis cauſis teſtamenti. l. cum tale 72. de conditione & demonſtratione*, cum etiam de creditoribus non judicabitur ulterius, ſi hæc ratio vera eſſet, probaret exceptionem iſtam competere cuicumque debitori, cujus inopia prævideri à creditoribus potuiſſet, quod falſum eſt, ponamus aliquem cum navigaturo ſua omnia bona navi portanti contraxiſſe, hic prævidet inopiam debituris, competit tamen exceptio debitori rationibus quas hic legimus; nec dicet ullus, nec ipſe admitteret Donellus ſi ſuam rationem tueri niteretur quod tamen ex ea ſequitur: ergo falſa eſt. Tandem convincitur expreſsè *ex dict. l. 11. de tutela & rationibus & dict. l. 37. §. 2. de adm. tutor.* ubi filiusfamilias emancipatus objicit hanc exceptionem pupillo ratione tutelæ, quam geſſit exiſtens in poteſtate, cum certum ſit pupillo nil poſſe imputari, cum tutorem habeat eum, quem non prævidebat poſſe bonis carere, cum non contraxerit, ſed in eum inciderit, ut ait Papinianus *in l. ult. rem pup. ſalv. fore.* text. vero *in dict. l. 3. hoc tit.* commodius ſuo loco exponetur.

7 Dicet forſan aliquis ex eo edicti noſtri pendere rationem, quia ſæpe putant, qui contrahunt patrimonium patris ad eum perventurum, unde cum hoc intuitu fuerit initus contractus; æquitas poſtulat, ut ea ſpe ſpoliatus filius non in ſolidum, quod facere poteſt condemnetur, ſed nec hæc veritatem attingit, nam pariter qui cum locupleti contrahit præſens intuetur patri patrimonium, tamen ſi debitori repentè bonis exuto hoc beneficium non redditur, ut ſupra dixi; ergo licet contrahens cum filiofamilias intueatur patrimonium paternum, non ideo ea ſpe fraudato filio debet exceptio ita competere: ſuadetur hoc ipſum ex eo quod ſi ea ratione exceptio filio ſui juris effecto daretur, etiam ei competeret, cum patris poteſtati eſt ſubjectus, cum nondum habeat patrimonium ſi ejus intuitu contractus fuiſſet celebratus. Denique *ex dict. l. 11. & 37. §. 2.* ratio hæc corruit, nam dici non poteſt pupillum intuitum fuiſſe patrimonium, quod morte patris ad filiumfamilias tutelam ſuam gerentem perventurum erat, & tamen exceptio illi opponitur, quod patet, nam pupillus omnia ignorat, & invitus tutorem recipit, *l. 6. de tutor. & curat. dat.* unde dicitur nullum negotium geri inter tutorem, & pupillum *§. tutores 2. inſt. de oblig. quæ ex quaſi contract. l. ſi quis 5. §. tutela 1. de oblig. & act.* ergo ratio edicti non in eo nititur, quod futuri patrimonii intuitu fecerunt contractum.

8 His ergo rationibus rejectis utraque manu amplectimur rationem quam indicat Cujacius *libro 30.* Paulus *ad edictum in l. ſi filius 5. hoc tit. & in ſolemni retractione, ad textum in l. 2. C. eodem & lib. 9. quæſtionum Papiniani in l. ſed ſi 4. § ſoli 3. eodem.* docet enim ideo hoc filiofamilias indulgeri beneficium, quia novo patrifamilias parcendum æquitas ſuadet, ac ſi novam familiam inſtituerit familiæ ſuſtentandæ cauſâ; hæc Cujacius qui tamen indiget illuſtratione, cum ex familiarum multitudine, & amplitudine reipublicæ dignitas, & amplitudo æſtimetur, ejus præcipuè interſit familias augeri & quidem locupletes, docet Faber licèt ad aliam rem in *Pap. tit. 11. principio 1. illatione 9.* nam ſine divitiis ſordeſcunt *l. 1. de cuſtodia reorum l. 5. §. 1. ad l. Juli. majeſt. l. 1. ſed ſi ſervus 13. de ventre inſpic.* & è converſo per divitias eorum decus, & honos conſervatur, ut loquitur *D. Auguſt. de civitate Dei cap. 100.* ulterius & in eo maxima Principibus infertur utilitas cum tributum patribus familias indicunt, pro modo, & habitu pecuniarum ut eruditè docet D. Nicolaus de Caſtro *libro ſuo exercitiuum prælectione 1. ad l. unicam de captivitate civium ex n. 11.* onera enim hæc ad patres familias ut pote familiarum principes ſpectant, ſicut & ad eos alendæ familiæ incommodum pertinet *l. 20. §. hoc amplius 2. fam. erciſc.* Faber *in Pap. tit. 10. principio 4.* quæ omninò illicò in filiumfamilias ſui juris effectum tranſeunt *l. ſi is qui 56. §. poſt mortem 2. de jure dotium.* cum tunc propriam incipiat habere familiam, & rem familiarem. *l. pronuntiatio 5. familia de verb. ſignif.* meritò ergo noviter devento in familiam parcitur, & ut ab eo ſolidum non extorqueatur, in id ſolum eatenus condemnatur quatenus ejus facultates patiuntur, ſi enim illicò ad ſolidi ſolutionem urgeretur, familiæ decus, & ſplendor periret, & vix unquam poſſet augeri: ex quo grave reipublicæ inferretur præjudicium.

9 Quia ex hac ratione tota noſtra pendet diſputatio, eam amplius exornare contendo: utilitas hic cernitur creditorum privata, quorum interſit ſolidum exigi, cui opponitur publica utilitas reipublicæ, quæ ſuadet èconverſo ſui juris nempe effectum non præcipitari; nam ſi ſtatim ab eo ſolidum exigeretur, & extorqueretur, numquam vires poſſet reunire, & minus reipublicæ inſerviret *argumento l. 4. §. deficientium 1. de muner. & honor. l. ab his 10. §. 3. de vacat. & excuſat. mun.* in eo ergo eſt ſtatu nuper ſui juris effectus, in quo ſi infantes, quos majori indulgentia alendos conſtat, quam pueros, unde nihil mirere, quod mitius cum eo agatur, cum ipſe reſpectu familiæ non incongruè infanti æquiparetur. Qua etiam ratione intuemur novam pragmaticam ſanctionem à magno noſtro Rege Philippo hujus nominis IV. quæ jacet *in l. ult. tit. 1. lib. 5. Recopilat.* quæ à muneribus civilibus, & tributis recens uxoratis conceſſit immunitatem; quam, licet nec hanc rationem afferat, nec noſtri meminit edicti, eleganti commentario exornat D. Reres *lib. 7. opuſculorum cap. 4 per totum.* nec novum videri debet privatam creditorum utilitatem publico bono poſtponi: nam cautum etiam videmus executores à judice datos non poſſe rei ruſticæ inſtrumenta amovere, ut creditoribus ſatisfiat, etſi pignoris nomine fuiſſent obligata, quia ex agricultura pendet rei-

Digitized by Google

reipublicæ utilitas & ſalus *l. executores* 7. *l.* 8. *C. quæ res pign.* & videmus privatam defuncti utilitatem creditorum commodo præferri §. *licet autem domino inſt. quibus cauſis man. non licet.* unde quam optimè edicto noſtro cavetur filiumfamilias nuper ſui juris effectum, & patremfamilias non urgeri ad ſolidi ſolutionem, ſed in id ſolum quod facere poſſint condemnari: prævalet enim reipublicæ commune bonum privatæ creditoris utilitati.

10 Sed tamen ſic inſurgo, quia exceptio hæc non ſolum debet competere ſui juris effecto ejus negotii nomine quod geſſerat in poteſtate, ſed etiam ex contractibus quos geſſit ſui juris nuper effectus. Probabis conſequens, ratio reipublicæ utilitatis æquè verſatur circa contractum à filio, poſtquam ſui juris effectus eſt, ac circa eos quos geſſit exiſtens in poteſtate; cum utroque caſu ſi ad ſolidum nova opprimatur familia, cum incommoda nuper perpenſa in uno æquè, ac in altero caſu ſequantur: ergo infertur ex noſtra ratione exceptionem poſſe objici creditoribus, qui cum filiis jam ſui juris factis contraxerunt contra expreſſa verſa edicti, & ſententiam Ulpiani *in l.* 3. *hoc tit.* fortius argumentum redditur ex paritate *dict. l.* 7. *&* 8. *C. quæ res pign.* quâ utebamur ad illuſtrationem rationis, ubi quia reipublicæ intereſt inſtrumenta rei ruſticæ non diſtrahi ad ſatisfaciendum creditoribus, generaliter id obſervatur in omnibus debitis civilibus; ergo pariter cum ratio noſtri edicti ſit generalis, indiſtinctè exceptio ex eo competens debet eſſe generalis, & per conſequens dari ea negotiis quandocumque geſtis: Reſpondeo patrifamilias in negotiis quæ geſſit durante poteſtate ob publicam utilitatem, quæ deficit in his, quæ, eâ liberatus contraxit, nam bonus paterfamilias, prout omnes cives judicio prudenti ſemper debet contrahere, & frugi conſilio, ita ut ex contractibus facultatum ſuarum non experiatur diſpendium, ſed potius patrimonium adaugeat, & in dies pinguius reddat, auro aurum trahit diligens paterfamilias & qui ſocordi conſilio bona ſua adminiſtrat legis auxilio indignus efficitur, nec reipublicæ intereſt ei favere, cujus præcipuè intereſt referri plebi, ita ut is integrè ad debiti præſtationem urgeatur, & ſordidam vitam agat ut eâ pœnâ mulctatus impoſterum contrahere meliori judicio, & rei ſuæ conſulere doceatur, ſuper negotiis vero geſtis durante poteſtate ei parcitur; cum enim patris aleretur ſumptibus, nulliuſque familiæ quam non habeat onera ferret, dignus eſt veniâ, ſi hic contrahere commodè neſciebat, nec ob id præcipitandus eſt, ſed potius favendus ob veriſimilem ſpem quâ creditur cum primum familiam ſortitur rem bene adminiſtraturum, quod ſummopere reipublicæ intereſt, cum ſæpè ſtatus mutatione mores quoque mutentur juxta commune proverbium, *magiſtratus verum demonſtrat*, quod non ita evenit in eo qui ſui juris factus familiæque incommoda ſuſtinens inconſideratè contra ea, quæ præſumimus, in dies rem ſuam peſſime geſturus, patrimonium diminuit, ideo cum eo ſeverius agitur, ut ſaltem pœnæ metu bona ſua adminiſtrare ſtudeat: ſi dicat aliquis contingere ſæpè providum patremfamilias benè contrahere, & tamen fortuito caſu non ſolvendo effici. Reſpondeo caſum fortuitum amiſſionis bonorum non ſufficere ad exceptionem, de qua loquimur concedendam, ſed ſolum ad ceſſionis beneficium indulgendum ut ſupra dicebam.

Jam edicti detegimus rationem, nunc qui- 11
bus ex eo proveniens exceptio competat videamus, & quidem nominatim loquitur de filio emancipato, vel exhæredato, vel à paterna hæreditate ſe abſtinente *l.* 2. *in principio hoc tit.* de quibus ſingulis diſpiciamus. Filius emancipatus ſolum tenetur in id, quod facere poteſt, & ex negotiis geſtis in poteſtate, ſive peculium ei à patre ſit ademptum, ſive non, *dict. l.* 37. §. 2. *de adminiſtratione tutoris.* quia cum parva illa pecunia ſit, nec locupletem eum facit, nec parentes dum filios emancipant, aliquid ipſis donare ſolent *l. litis* 37. §. *ult. de negotiis geſtis. l.* 6. §. *cum autem* 3. *C. de bonis quæ liber. l. ſi quis* 9 §. 1. *de bonis proſcriptorum l. ult. C. de emancipatione lib.* quid in causâ eſſe poteſt ad hujuſmodi exceptionem denegandam. Cum ea donatio illis fiat, ut novæ familiæ onera facilius ferre incipiant; exhæredatus etiam à patre filius idem habet ex verbis edicti beneficium, cum patris morte ſui juris fiat, nec ex eo quod exhæredatus ſit, eo videri debet indignus: nam licet exhæredatio filium notet ob immerentem & ingratum, & ob id ejus injuria dicatur *in l.* 8. *in principio de inoff. l. filius* 22. *eodem.* tamen & ſine causâ potuit olim filius exhæredari & tamen ſui juris inofficioſi querelâ non vincere *arg. l.* 6. §. 1. *de inofficioſo teſtamento.* & quamvis cauſa intercedat, ut filius notetur ingratitudine, tamen ſi ex negotiis in poteſtate geſtis conveniatur, ſolum eatenus condemnatur quatenus facultates ejus patiuntur, quia ſpes ſubeſt, eum bonum patremfamilias futurum juxta ea, quæ *antecedenti num.* dixi.

Sed traditam doctrinam impugnare conten- 12
des *ex l.* 24. §. *ſi exhæredatos ff. ſolut. matr.* ad cujus animadverſionem notandum eſt actionem de dote non competere matrimonio conſtante, ſed eo demum ſoluto, niſi evidenter conſtet maritum ad inopiam vergere *dict. l.* 24. *in principio.* quo ſuppoſito ait Ulpianus quod ſi mulier agat de dote exhæredato marito dotis executio incipit ex die aditæ hæreditatis patris. Supponit mulierem de dote poſſe agere ob exhæredationem mariti, qui ob eam inops redditur; tunc ſic inſurges: ſi filiifamilias exhæredatio in causâ eſt, ut competat adversùs eum actio, quæ ſi exhæredatus non fuiſſet non competeret; quo pacto ratio exhæredationis poteſt efficere, ut ex negotiis ſuis in id ſolum, quod facere poteſt condemnetur. Reſpondeo verum eſſe actionem de dote, quæ regulariter ſolum ſoluto matrimonio competit, eo conſtante competere adversùs maritum cum inops fieri incipit, & per conſequens cum à patre exhæredatur, non tamen ex eo inferri, exhæredato filio hanc exceptionem competere, nam ideo dotis exactio competit mulieri conſtante matrimonio propter egeſtatem mariti, quia ſubeſt periculum eam indotatam futuram, dotium vero causa præcipua eſt, & publicè intereſt dotem mulieribus ſervari *l.* 1. *cum aliis ſoluto*

matrimonio. quæ ratio viget eum maritus à patre exhæredatur, cum timeatur eum utpote novæ familiæ onera ferentem bona dotalia conſumpturum, unde ne indotata mulier maneat, illico dotis exactio ei promittitur nec ſufficere viſum eſt eautionem præſtare, quæ tamen in ſimilibus eauſis ſolet admitti *l. 48. de judiciis l. 38. pro ſocio.* non tamen tunc maritus ad ſolidi ſolutionem urgetur. Sed imo duplici ratione data, exceptiva ejus habetur ratio, ne egeat, & quia maritus eſt, & quia nuper ſui juris effectus eſt, licèt in eo prægravetur, ut ante tempus ſolvere eogatur, quod tamen injurioſum videri non debet, eum tot favores dotibus indultos cernamus, non tamen ex eo ſequitur ob exhæredationem denegandam exceptionem, cum ſi denegaretur, nova de medio tolleretur familia: illud reſtat notandum exceptionem competere filio exhæredato adhuc ante aditam hæreditatem; nam licet exhæredatio ante aditionem non confirmetur *l. filium 20. verſiculo ſed cum exhæredatio de contra tabulas.* tameo rectè antè aditionem inops filius dicitur quoad ſui favorem, licet reſpectu mulieris *ut in dict. l. 24. §. 1.* inops ante aditam hæreditatem non cenſeatur.

13 Nominatim quoque filio hærede inſtituto, qui ſe à paterna abſtinuit hæreditate, idem beneficium prætor pollicetur, nam licet dicatur non decedere ſine hærede, qui ſuum hæredem quamvis ſe abſtinentem relinquit. *l. 30. §. ſed ſi ſuum 10. de fideicom. libertate. l. 1. qui ſi in pot. ff. ſi quis omiſſ.* illud intelligendum eſt attento juris civilis rigore, non tamen jure prætorio, quo poſtquam filius ſe abſtinuit, hæredis loco non eſt *l. 57. de acquirenda hæreditate l. ſi filium 22. de vulgari l. ſi filius 12. de injuſto rup'o.* unde cum effectum potius inſpiciamus, quam verba *ex vulgari textu in l. 1. §. 1. quod quiſque juris cum vulgari.* rectè ab inteſtato filio quaſi hæres patris non ſit, competit exceptio, ut in id ſolum quod facere poſſit condemnetur. Nam actiones tam activæ quam paſſivæ, quæ jure civili, & in eum competunt exceptione data non à prætore inanis & irrita redditur. Nec dicat aliquis indignum effici hoc beneficio filium ſe abſtinentem, quia ex propria voluntate bona paterna amittit, & quia fraudandorum creditorum animo ſe abſtinuiſſe cenſetur, nam potuit juſtam eauſam habere ob quam nolit negotiis hæreditariis implicari *l. filio 87. de l. 1.* vel etſi nullâ ex juſtâ cauſâ motus ſe abſtinuerit non tamen dicitur fraudare creditores: is enim fraudare dicitur, qui patrimonium diminuit, non qui illud non auget, ut dicitur de eo, qui repudiavit hæreditatem teſtamentariam vel legitimam vel legatum *dict. l. 6. §. ſed & aliud*, quare ei rectè datur exceptio.

14 De filiofamilias hujuſmodi patria poteſtate liberato loquitur totum edictum. Ulpianus autem illud interpretans *in dict. l. 2. §. 1.* docet, quod etſi citra emaneipationem ſui juris fuerit effectus habet exceptionem in id quod facere poteſt, ea ſcilicet ratione, quia æquè paterfamilias eſſe incipit, qui alio legitimo modo ex his, qui referuntur *in tit. inſt. quibus modis jus patriæ poteſtatis ſolvitur.* patris poteſtate liberatur, atqui à patre emancipatur, quia attenta ratione edicti æquè debet exceptio dari filio quocumque modo patris nexu liberato; ſicut & illud edictum quo prætor extincto peculio per filii emancipationem, actionem tameo de peculio contra patrem dat intra annum, interpretatur idem Ulpiaous *in l. 1. §. aliena 4. quando de peculio actio ſit annalis.* & ait, quod ſi aliquo alio modo ſui juris fuerit effectus annalis ex edicto de peculio actio competit eontra patrem. Et poſſet id ab argumento illuſtrari. *in l. ſi mat. 3. C. de inſt. & ſubſt. l. mulier 22. ad Treb. l. ſi ita 15. quando dies legat. ced. l. fideicommiſſ. 11. §. ſi cui 11. de leg. 3.* in quibus relictum filiofamilias ſub eonditione emancipationis ei debetur quocumque modo ex nexu patris exuatur. *ex dict. l. 29. §. & quid ſi tantum de lib. & poſth. cum ſimilibus.* ſed poſſet opponi extenſionem non eſſe concedendam de uno caſu ad alium, licet valdè ſimilem, ut quam plures fundant interpretes *in l. 10. de lib. & poſth. l. ſi cum dotem 22. ſol. matr. l. ſtichus 4. §. Corneli de jur. fiſc. l. 14. de conditione & demonſtratione cum pluribus aliis.* cui & illud accedit quod verbis edicti inſerviendum eſſe ait idem Ulpianus *in l. 1. §. licet 20. de exercitoria actione, & in l. Neratius 11. de ſervo corrupto*: ergo nec caſus emancipationis, vel mortis patris poteſt ad alios modos extendi, quibus filius ſui juris fiat ex noſtro edicto.

Reſpoodeti poſſet ex ſententia Fabri *in* 15
rat. ad dict. l. 1. §. 4. quando de peculio actio annalis ſit. prætorem favorabiliter recipere facilè interpretationem, & extenſionem ad omnes caſus ſimiles, in quibus eadem vigeat æquitatis ratio, etiamſi verba edicti taxativè concepta ſint *l. 1. §. hæc actio, ſi Menſor. falſ. mod. dix.* unde cum in noſtro edicto eadem ratio vigeat in omnibus modis, quibus filius ſui juris ſit effectus, non debet minorem recipere extenſionem, etſi de emancipato & exhæredato, vel abſtento ſolum loquatur, tamen extendatur ad omnem filiumfamilias quomodolibet ſui juris effectum. Nec huic textui prædicti obſtant textus; nam præter quam quod in ſingulis ſpeciebus ſpecialis adeſt ratio, ob quam de uno ad alterum caſum ooo inducatur extenſio, ut conſtat ex jam congeſtis à Pichardo *in lect. dict. l. gallus cap. 7. per totum pro explicatione dict. §. & quid ſi tantum* & à domino Chumacero *ſelect. diſp. cap. 1. per totum.* tamen non tenet argumentum de extenſione privatæ voluntatis, de qua ibi agitur, ad extenſionem mentis prætoris, quæ informat edictum. Nam privatorum voluntas non ſemper eſt eadem, nec certo poteſt definiri juxta illud poetæ *velle ſuum cuique eſt, nec voto vivitur uno.* unde modo extendi, modo reſtringi verba debent prout conſtiterit quemque ſentire; prætoris vero voluntas ſemper eſt eadem firmaque, & quod ſemel ei placuit, conſtat non diſplicuiſſe. Unde etſi ſemel extenditur eadem adſtante ratione ſemper extenſa debet permanere, quod accidit in noſtro edicto, ut ſuperius probavi. Nec in *dict. l. 1. §. 4. l. 11.* contrarium ſuadetur, loquuntur enim, quoties res ſub dubio eſt, tunc melius eſt verbis inſervire edicti, quia non eadem adeſt extenſionis ratio.

Sed licet hac viâ ſolvatur difficultas, facilius 16
rem expedire exiſtimo, ſi dicamus prætorem

edicto

edicto noſtro comprehendiſſe modos omnes, quibus ſui juris nudus efficeretur, nec neceſſariam fuiſſe extenſionem, nec quod nominatim loquatur de filio emancipato, exhæredato, vel ... dento, quidquam facit; nam dico ideo de eis nominatim loquutum, quia his modis frequentius quam aliis filiusfamilias exitt à patris poteſtate, non quia contrariam ſupponit inopiam ex filii parte. Frequentius hoc contingit filio ſui juris effecto per emancipationem, vel mortem naturalem patris, dummodo fuerit exhæredatus vel ſe abſtinuerit, quam ei, qui alio modo ſui juris fit, quod patet per ſingulos modos diſcutiendo. Filius enim qui emancipatur, vel exhæredatur, abſque bonis à patris poteſtate nudus exulat, qui vero alio modo ſui juris fit, regulariter non eſt nudus. Quod patet per ſingulos modus diſcutiendo. Patre deportato, filio, qui ſui juris fit. ex edicto D. Claudii peculium conſervatur *l. 3. §. ſed utrum 4. de minoribus.* Si per dignitatem exit à patris poteſtate nudus non eſt, cum dignitas ipſa ei bona conferat. Mirum ergo videri non debet prætorem ſolos modos illos expreſſiſſe, & alios cæteros omnes comprehendiſſe. Proponit enim eos ut exemplar, quia frequentius accidit, ut inops evadat, qui per eos modos fit ſui juris, & non negemus, ut fieri poſſit, ut inops filius exeat de poteſtate per alios modos, quo caſu ex ipſo edicto competit exceptio. Ex quibus infert ulpianus *in dict. l. 2. §. 1. hoc tit.* quod ſi filiusfamilias in adoptionem fuerit datus, deinceque pater naturalis deceſſerit, iniquiſſimum eſſet ut ei daret exceptionem in id, quod facere poteſt, quæ ſententia falsa videtur, nam filius datus in adoptionem cum tranſeat in poteſtatem adoptantis non poteſt ſui juris effici morte patris naturalis, in cujus poteſtate non eſt, ut patet; atqui edictum ſolum favet filio ſui juris effecto: ergo quia exceptio non poteſt competere filio in adoptionem dato, decedente Patre naturali, Cujacius in paraphr. *ad noſtrum titulum.* quem ſequitur Faber *in rationali ad h. §. 1. &* Gothofr. *in notis* textum emendat in illis verbis *deinde pater naturalis deceſſerit, ubi pro naturalis* reponit *Adoptivus.* Tribonianus fortè poſuit verbum *Naturalis.* cum ulpianus dixiſſet *Adoptivus.* reſpiciens nouam Juſtiniani conſtitutionem *in l. 10. C. de Adoptionibus.* ſi aliqua in parte libens emendationem admitterem, in hac maximè fateor eum locum eſſe depravatum, ſed quominus eam admittam faciunt ſequentia. primò juris religio, quam numquam violaſſe in filio emancipato, vel morte patris ſui juris effecto Conſultus ait, quod etſi citra emancipationem, & mortem filius ſui juris fiat, locum habet edictum, & apponit exempla, veluti ſi in adoptionem etiam emendatione extante exemplum ſic ſe habet, ſi filius ſui juris efficiatur morte patris adoptivi. At quis non videt de hoc non loqui edictum: ergo prædicta emendatione recepta Conſultus propoſito non ſerviret.

17 Quidquid in re ita perpetua excogitaverim, proferam. Aſſero Ulpianum dicere generaliter exceptionem competere filio ſui juris effecto, quod conſtat in principio textus. Poſtea verò ex verbis, *veluti adoptionem* non exempla proponere, ut patet ex disjunctione *vel* ſed ad modos edicto expreſſos redire, & docet quando in eis facilius locum habeat edictum, dat exceptionem filio à patre ſuo emancipato, id Conſultus verum eſſe fatetur indiſtinctè in filio naturali emancipato, ſed filio adoptivo non ſemper, & indiſtinctè verum eſſe docet, ſi à patre adoptivo emancipetur; nam licet pater adoptivus filium emancipet, ei competit exceptio ex edicto, tamen ſi vivat pater naturalis tenetur eum inſtituere, vel exhæredare attento jure prætorio *§. adoptivi liberi in fin. inſt. de exhæredatione liberi cum aliis pluribus.* ſi eum ergo inſtituerit, jam ampliùs ei exceptio non dabitur ſi verò quo tempore eum emancipat pater adoptivus, deceſſerat pater naturalis ſemper & indiſtinctè exceptio competit, unde rectè exigit Ulpianus patrem naturalem decedere, non ut oſtendat filium in adoptionem datum, ejus morte ſui juris fieri, ſed ut doceat non aliàs poni poſſe caſum, in quo filio emancipato, adoptivo patre indiſtinctè & ſemper competat exceptio; nam ſi pater naturalis vivit, eumque hæredem inſtituerit, auffertur exceptio, quæ competere cœpit, idque ſibi voluiſſe Conſultum ſequens admittit verſiculus. Ubi ait filio inſtituto ex minima parte exceptionem dari, in quo caſu filius morte patris ſui juris fit: ergo ex verſiculo vel redit ad caſus edicto expreſſos exponendos, ut doceat, quando in eis facilius locum habeat, non verò caſum adjicit, nec exempla.

Infert etiam Conſultus *in dict. §. 1. ut* nuper indicavi, filio ex minima parte inſtituto exceptionem dari; nam quamvis quisquis inſtitutus adhuc in minima portione hæres ſit, quod ſine ullo corpore juris intellectum habet *l. 50. de hæreditatis petitione*, & certum ſit filio hæredi inſtituto non competere exceptionem, tamen effectus rei inſpiciendus eſt, ut dicebam *num.* 15. quo attento licet honor filio obveniat *l. 5. §. ſed etſi 6. de leg. præſt.* pro hærede à prætore non habetur, cum ex modica parte exiguum poſſit ſperare lucrum. Deinde filius inſtitutus ex minima parte pro exhæredato habetur, & ei competit inofficioſi quærela ante juſtiniani conſtitutionem *§ ſed tunc ita. §. ult. de inofficioſo teſtamento.* poteſt fortiter ſic argui. Qui inſtitutus eſt licèt in minima parte à prætore habetur pro hærede: antecedens probatur; filius à patre ex modica parte inſtitutus non poteſt petere bonorum poſſeſſionem contra tabulas *l. 14. de contra tabulas expreſſa l. 8. §. ult. eodem. l. 34. §. ult. cum l. ſequenti de vulgari l. 11. §. ſi filius 2. de l. 3.* docet Retes *in adver. de legat. præſt. cap. 10. num. 5.* ergo prætor filium ex minima parte inſtitutum habet pro hærede, aliàs ei ut præterito daret bonorum poſſeſſionem contrà tabulas ac per conſequens exceptio deſcendens ex noſtro edicto non poteſt competere filio, licèt in modica parte inſtituto. Exiſtimo poſſe dici non polliceri prætorem bonorum poſſeſſionem contra tabulas filio exhæredato. *l. 8. de contra tabulas.* unde cum filius ex modica parte inſtitutus exhæredato æquiparetur, unde & ei competebat quærela inofficioſi teſtamenti, ut dixi quia qui verbis inſtitutionis honorat filium in ea parte relicta, non tamen illum à magna

parte

parte hæreditatis exhæredat : nil mirum , quod ei non detur bonorum poſſeſſio contra tabulas, & ex eadem ratione ei exceptio competit , quia & quaſi exhæredatus cenſetur.

19 Solutionem hanc evertere videtur textus *in l. etſi 6. de bon. libertor.* ubi aſſerit Ulpianus quod ſi liberi liberti ſint inſtituti licet ex modica parte , patronus non poteſt petere bonorum poſſeſſionem contra tabulas , & ad id confirmandum utitur authoritate Marcelli , qui ſcribit quantulacumque ex parte hæredem inſtitutum liberti filium patronum expellere , tunc ſic , filium liberti exhæredati patronum non excludunt , §. *quà de causa inſt. de ſucceſſione libert.* ſed filius inſtitutus ex modica parte excludit patronum : ergo nequit pro exhæredato haberi, ut poſſit ſi velit intendere quærelam non verò quoad patroni utilitatem , ut ipſe poſſit intendere bonorum poſſeſſionem contra tabulas , ratio eſt ; nam revera exhæredatus non eſt , qui eſt inſtitutus , unde nulla injuria patrono infertur , quod ipſiùs reſpectu non dicatur exhæredatus ; at vero ſi ſuum perpendimus lucrum pro exhæredato non habetur , cum exiguum , aut nullum emolumentum percipiat , unde rectè ei datur quærela , & ex noſtro edicto competit exceptio , ut in id quod facere poſſit ſolum condemnetur , ferè enim ita inops eſt cum ex minima parte hæres inſtituitur , ac cum à patre exhæredatur : Opponi etiam poteſt adversùs ſuperiorem doctrinam *l. etſi totam 13. ff. ſi quis omis. causâ teſtamenti.* ubi ait Conſultus , quod ſi qui minimam portiunculam ex qua inſtitutus eſt , ab inteſtato poſſideat , tenetur edicto : ergo prætor pro hærede inſtituto , & non pro exhæredato habet eum , qui ex minima parte inſtitutus eſt , & per conſequens filio ex modica parte inſtituto non debet concedere quaſi exhæredato exceptionem in id quod facere poteſt. Accedit & textus *in l. licet 10. de hæreditati petitione.* ubi petitio hæreditatis , quæ ſolum competit contra eum qui poſſidet tit. pro hærede , datur adversùs eum qui rem minimam poſſidet : ergo inſtitutus ex modica parte , quoad omnes effectus pro hærede habetur. Reſpondeo edicto illo teneri eum qui omiſsâ causâ teſtamenti ab inteſtato poſſidet hæreditatem ad legata præſtanda , quæ præſtaret ſi fuiſſet ex teſtamento hæres , ne ei ſua fraus lucrum afferat ; unde cum is , qui inſtitutus eſt ex re minima ſaltem ejus portionis reſpectu legatariis teneatur , merito ſi ex teſtamento repudiet , & ab inteſtato hæreditatem poſſideat , in edictum incidit ; nec ad noſtram doctrinam obſtat , quia cum diximus filium ex modica parte inſtitutum æquiparari exhæredato , id accipiendum non eſt reſpectu portiunculæ ei datæ , in qua inſtitutus eſt , ſed reſpectu maximæ partis hæreditatis, quæ ei relicta non eſt, quod ſufficit ut ex noſtro edicto ei competat exceptio , cum novus paterfamilias inops inveniatur ; nec augmentum difficultatis deductum *ex dict. l. 10. de hæreditatis petitione.* quidquam facit facilè enim ſolvitur , ſi dicamus petitionem hæreditatis dari adversùs eum , qui contendit ſe hæredem eſſe , vel ex aſſe , vel ex parte dummodo rem aliquam hæreditariam poſſideat , nec etſi res poſſeſſa minima ſit , impedit actionem ; nam ſi quis hæreditariam rem licet minimam poſſideat poteſt facere controverſiam totius hæreditatis , deinde etſi ſolum dicat ſe hæredem in minima parte , tenebitur petitione hæreditatis ; nam ut nuper dixi , inſtitutus in illa parte licet modicâ hæres eſt , licet maximæ partis reſpectu hæreditatis exhæredatus cenſeatur.

Illud tamen hic quæri poſſe exiſtimo , an 20 ſcilicet filiofamilias deportato , qui quoquo modo ſui juris fit , §. *cum autem verſiculo pari ratione inſt. quibus modis jus patria poteſtatis ſolvitur.* competat ex noſtro edicto exceptio in id quod facere poteſt , & ne aliter de ſubjecto non ſupponenti videatur hæc quæſtio eſſe , res penitus eruenda eſt. Certum eſt enim deportatum exui obligationibus quibus ante ſtatus mutationem obſtrictus erat , adeo ut nec in eum reſtitutum actiones competant ex veteribus obligationibus *l. 2. §. 3. ff. de ſentent. paſſis.* Nec prætor eas ſemel extinctas contra deportatum reſtituit *l. 7. §. ult. de cap. minutis.* Sed transeunt cum bonis in fiſcum , ſive in eos ad quos ex lege bona pervenerunt *l. 2. in principio de ſentent. paſſiſ. l. ademptum 5. C. eodem tit.* ſed hæc obtinent cum bona deportati publicantur ; nam ſi ei pars bonorum relinquitur pro illa parte , in eum prætor actiones relinquit , ſeu reſtituit argumento textus *in l. 2. ad l. Juliam de vi publica.* Docet ita dominus Retes *de interdictis lib. 3. excurſu 6. num. 90. & ſeq.* ex quibus infero , quod cum filiusfamilias deportatus ſi caſtrenſe peculium habet , cum nec illud fisco acquiratur *l. ſi filius 3. C. de bon præſcript.* ſed penes patrem maneat , pro modo peculii actio in patrem dabitur , pro parte excedente in ſolidum in filium ipſum actio à prætore reſtituetur , nullæ in eum tranſibunt obligationes : ne ergo creditores quod ſibi debetur amittant ex æquitate à prætore in filium ipſum deportatum reſtituetur ante contractas obligationes juxta dicta.

Quâ ſuppoſitione ex juris principiis expo- 21 ſitâ , laudabiles dantur termini quæſtioni quæ in eis vertitur , an filio huic deportato , in quem à prætore reſtituuntur obligationes , competat exceptio ex edicto , & quidem ei non dandam exceptionem videtur , cum deportationis pœna propter capitale maleficium infligatur , jam verò qui capitale admiſit crimen omni prorſus beneficio caret cum abſurdum ſit ei conſulere , quem ad paupertatem redigi publicè intereſt ut alias loquebatur Triphon. *in l. bona fides 31. de poſſeſſione.* à paritate etiam id ipſum videtur oſtendi ; beneficium ceſſionis non competit ei , qui ex fraude ſua bona amiſit , ut ſæpius dixi , & ex pluribus fundat Pichardus *in §. ult. inſt. de action. num.* 40. ergo nec exceptionis hujus beneficium debet concedi , quod ſui maleficii ratione patria poteſtate liberatus eſt, ſed adhuc dicendum cenſeo dandam exceptionem in id , quod facere poteſt filiofamilias deportato ; moveor ex generalitate , qua loquitur Ulpianus *in dict. l. 2. §. 1. in principio hoc tit.* ubi ait *etſi citra emancipationem ſui juris fiat , dabitur ei exceptio.* deinde efficatius moveor ſequenti ratione , nam pœna deportationis aſperanda non eſt ,

ſed

Digitized by Google

ſed potius intra expreſſos à jure terminos continenda eſt, ut vulgo de pœnis omnibus tractatur; atqui nullibi legimus ademptum hujus exceptionis beneficium propter pœnam deportationis: ergo ita non debemus temere comminiſci, nec tunc filii creditoribus infertur injuria, reſtituente cum prætore nec etiam in deportatione: nam Principis intereſt eum non Præcipitari, ut poſſit patri ſuo dominium acquirere, quod & fiſco poſt mortem ejus applicandum eſt, textus ſic intelligendus *in l. 2. C. de bonis præſcriptorum.* Unde contractum egeſtate laborare nobis obſtat, quia loquitur de bonis quæ confiſcantur facilius ad fiſcum devolvendis, quæ oportet ad fiſcum celeriter perferri, ne fraudibus locus relinquatur; nec adducta paritas tenet, quia beneficium ceſſionis nulla alia ratione nititur, quam ne, debitor, qui fortuito caſu ſua bona amiſit, opprimatur, quæ deficit in eo, qui ſuâ culpâ bonis caret.

22 Tandem competit filio inſtituto nonnumquam ex edicto exceptio, qui ſe immiſcuit paternæ hæreditati, quod accidit, cum rogatus fuit hæreditatem reſtituere, & coactus ſe immiſcuit, ut reſtitueret, *l. ſi filiusfamilias 4. §. ult. hoc tit.* ratio eſt, nam qui coactus à prætore ex ſenatus conſulto Pegaſ. vel adiit vel ſe immiſcuit, perinde habendus eſt, ac ſi repudiaviſſet, vel ſe abſtinuiſſet, quia quemadmodum nullum commodum ſentire debet, qui quantum in ſe fuit, ſupremas deſtituit defuncti preces, ex eo quod invitus fuit, *l. ita tamen 27. §. qui ſumptus 2. l. ſi pactioni 55. §. ſi fideicommiſſum 2. & §. quia ergo 3. ad Treb.* ita nullum damnum eum ſentire æquum eſt ob id, quod prætoris imperio paruerit, *§. ſed quia ſtipulationes in fin. inſt. de fideicommiſ. hæred.* ergo rectè ex noſtro edicto competit exceptio filio hæredi inſtituto, qui coactus ſe immiſcuit paternæ hæreditati ut eam reſtitueret, cum perinde haberetur ac ſi ſe abſtinuiſſet, ſed contra hanc doctrinam ſic poteſt inſurgi aeriter; non poteſt filius ſuus hæres cogi, ſe immiſcere ut reſtituat hæreditatem: ergo ſi ſe immiſcuerit cum ex ſua voluntate id faciat, & quartam habeat *§. ſed quia hæres inſt. de fideicommiſſ. hæred.* ergo non rectè competit ex noſtro edicto exceptio filio hæredi inſtituto, qui coactus ſe immiſcuit paternæ hæreditati, ut eam reſtitueret, cum perinde habeatur ac ſi ſe abſtinuiſſet exceptio ei competere non debet; antecedens ſic probatur ex Senatus conſulto Pegaſſ. hæres inſtitutus, qui ſuſpectam dixit hæreditatem, quam reſtituere juſſus eſt, poteſt cogi officio prætoris adire, quia alias deſtituto teſtamento per repudiationem hæredis ſcripti intercideret fideicommiſſum, *§. ergo verſiculo ſed ſi recuſabat inſt. de fideicommiſſ. hæred.* ſed cum filiusfamilias inſtitutus eſt ſola nuda exiſtentia confirmat teſtamentum licet ſe abſtinuerit, *l. ſi filius 12. de vulgari l. filius 41. de acquirenda hæreditate. l. ſciendum 32. de manum. teſtamento.* ergo filius ſuus hæres non poteſt cogi ſe immiſcere hæreditati, ut eam reſtituat com ſola exiſtentia confirmatum fuerit fideicommiſſum, & per conſequens cum voluntariè ſe immiſceat, & quartam habeat, non debet exceptione gaudere; Reſpondeo verum eſſe ſolâ nudâ exiſtentiâ confirmari teſtamentum non tamen omnia in eo relicta effectivè valere, ſed hanc adhibendam diſtinctionem, quæ dant, deſiderant aditionem non ſolum ut conſectantur, ſed etiam ut ſint, qui adeuntes ad eorum præſtationem obligentur, qualia ſunt legata fideicommiſſa, *§. hæres inſt. de obligationibus, quæ ex quaſi contractu naſcuntur,* & hac ſola exiſtentia ſui hæredes non confirmantur, cum oon ſit perſona quæ obſtricta maneat ad præſtationem legatorum, & fideicommiſſorum, *l. 12. in fin. de vulgari. l. filius 41. de acqu. hæred. l. 1. §. fin. ut in poſſ. legat.* quia præter confirmationem hæredis miniſterium exigunt, quod nullum hic invenire poteſt poſt abſtenſionem; unde & in noſtro caſu intercideret fideicommiſſum, filius à Prætore non cogeretur ſe immiſcere, *l. 6. §. ſed ad filium 2. ad Treb.* quædam verò ſunt, quæ cum ab hærede non præſtentur, ſolum ad confirmationem aditionem deſiderant, & hæc ſola ſui hæredis exiſtentia recta maneat, ut exhæredatio, tutela, libertates directæ, & pupillaris ſubſtitutio, de quibus loquuntur jura in argumento allata, tradit *valentia lib. 3. illuſt. tract. 1. cap. 7.* opponitur tamen ſuperiori doctrinæ difficillimus textus *in l. ita tamen 27. §. ſi pater 3. ad Trebell.* ubi ſi pater filium, quem in poteſtate habebat, hæredem ſumpſit, & eum rogavit, ut hæreditatem ſempronio reſtitueret, filius ſuſpectam dixit hæreditatem paternam, dubitat Julianus, an poſſit ex ſenatus Conſulto Treb. hæreditas reſtitui à filio, ſi ſe non immiſcuerit; & reſpondet quod etſi filius ſe non immiſcuerit paternæ hæreditati, tamen actiones, quæ ei & in eum competebant ad commiſſarium transferuntur: ergo cum ſola ſui hæredis exiſtentia effectivè confirmet fideicommiſſum univerſale, filius ſuus hæres non poteſt cogi à prætore ſe hæreditati immiſcere, & per conſequens non rectè diximus competere exceptionem in id quod facere poteſt filio, qui vocatus fuit ſe immiſcere, ut reſtituat hæreditatem; variè huic difficultati reſpondent interpretes ex antiquioribus aliqui dixerunt, ideo actiones transferri à filio in fideicommiſſarium citra immixtionem, quia potuit cogi à prætore, ut ſe immiſceret, ſed falluntur, nam eadem ratione poſſet etiam dici, illum cogi poſſe à Prætore ut reſtituat, nulla præcedente immixtione; *dict. text. in dict. l. 6. §. 2. ad Trebell.* Deinde ex hac ſolutione ſequitur extraneum hæredem inſtitutum poſſe ante aditionem in fideicommiſſarium actiones transferre, cum poſſit etiam cogi adire, quod tameo falſum eſt illis dicere ſatis ſe immiſcere filium hoc ipſo quod reſtituit hæreditatem, maxime ſi re & facto ipſo eam reſtituit, cum hoc fieri non poſſit, quin aliquid contingat hæreditarium, *l. reſtituta 37. ad Trebell.* verum nec hæc ſolutio poteſt admitti, nam nimis reſtringit ſententiam conſulti, & licet eam non reſtringeret, falsa quoque eſſet, quia ex reſtitutione hæreditatis non poteſt induci immixtio cum non fiat animo ſe immiſcendi, ſed transferendæ potius in alium hæreditatis, ut ſolemus in extraneis hæredibus dicere, non hæredem eſſe eum, qui ad alium transferri voluit hæreditatem, qui eo animo

animo aliquid hæreditarium attingit, *l. cum bonis* 87. *de acq. hæred.*

23 His ſolutionibus rejectis reſpondeo cum Antonio Fabro *de err. pragm. dec.* 31. *err.* 4. *num.* 20. *&* 21. qui tamen *lib.* 9. *conjectur. cap.* 7. Nulla efficaci ratione ſui immemor, ab hac doctrina diſceſſit, & emendat *dict. l.* 6. §. 2. *ad Trebell.* filiumfamilias hæredem inſtitutum hæreditatem reſtituere rogatum, etiam poſtquam ſe abſtinuit, eam reſtituere poſſe, & actiones ex Trebell. Senatus Conſulto in fideicommiſſarium transferre, quia actionis tranſlatio fit poteſtate juris civilis non prætoris. Jure autem civili verum eſt ſeium hæredem eſſe filium etiam poſt abſtenſionem *l.* 37. *de acquir. hæred.* quam reſtitutionem, & actionis tranſactionem approbat prætor juris civilis poteſtatem ſequens, & actiones utiles fideicommiſſario accomodat, nec id alienum eſt ab edicto, & propoſito ſuo, quo pro hærede non habet filium, qui ſe abſtinuit, ſi quidem approbata reſtitu io ſacta à filio, qui ſe abſtinuit, conſequenter, ut tanto minus pro hærede debeat ſe habere filius, qui non modo ſe abſtinuit ab hæreditate, ſed etiam præterea hæreditatem alteri reſtituat, nec ſanè potuit prætor reſtitutionem improbare, quin Senatus Conſulti ex quo illa facta eſt, ratione totum convelleretur quod enim facere non potuiſſe conſtat *ex l. non eſt ambigendum* 12. *de bonorum poſſeſſione*, & ex his, quæ ſubtiliter tradit Antonius Faber *in juris prudentia Papiniana tit.* 2. *principio* 10. *illat.* 2. his terminis capiendus eſt Julianus *in dict. l.* 27. §. 2. *ad Trebell.* ubi expreſsè loquitur de filio qui ſuſpectam dixit hæreditatem jam reſtituere parato; quo caſu nulla coactione opus eſt, id que eum ſenſiſſe patet ex eo; nam ait, quod poteſt ex Senatus Conſulto Trebell. hæreditas reſtitui, præcedeote tamen immixtione; cum enim filius ſe abſtinuit, & reſtituere recuſat, à prætore cogetur non quidem illi, ſed ei reſtituere, quia ab eo pro hærede non habebatur, poſtquam ſe abſtinuit, ſed primum ſe immiſcere, & deinde reſtituere, textus ſic intelligendus in *dict. l. num.* 6. §. 2. *ad Trebell.*

24 Ex his jam conſtat filiofamilias quocumque legitimo modo nexu liberato competere ex noſtro edicto exceptionem in id, quod facere poteſt, ſequitur diſpiciendum an hæc exceptio perſonæ filii, an verò rei cohæreat, & quidem perſonæ filii cohærere docet Ulpianus ex ſententia Papiniani *l.* 9. *quaſt. in l. ſed ſi ex parte* 4. §. *ſoli autem* 3. *hoc tit.* dum aſſerit ſoli filio ſuccurri, non etiam hæredi ejus, non in hæredem filii in ſolidum datur actio, quod idem de exceptione, in quantum facere poteſt competente aliis perſonis, de quibus *ſuperiori num.* diximus *ex l. verum* 63. §. 1. *pro ſocio l. maritum* 12. *cum l. ſequenti ſolutó matrimonio. l. ſi cum procuratore* 23. *l. etſi* 14. §. 1. *l. ſciendum* 25. *de re judicata.* quia hæc exceptio eſt beneficium ratione aliqua humanitatis perſunæ ipſi tributum, beneficia verò perſonalia nec ad univerſales tranſeunt ſucceſſores *l. ex pluribus* 42. *de adminiſtra. tut. l. exceptiones* 4. *de exceptionibus l. in omnibus* 68. *de reg. juris cum vulg.* quod evidenter demonſtrat ratio, qua *ex num.* 10. noſtrum ſulcimus edictum, nec quod hæredis deficientis perſooam repreſentet, & eadem cum ipſo perſona cenſeatur *l. hæres* 22. *de uſucapionibus. l. hæreditas* 34. *de acquirendo rerum dominio.* ſuadet exceptionem in quantum facere poteſt competentem filio nuper ſui juris effecto, debere etiam ejus hæredi competere; nam identitatis fictio ſolum habet locum in juribus rei inhærentibus, non verò in his, quæ perſonæ inhærent *l. uſusfructus* 26. *de ſtipulatione ſervorum.* Ut latè docet domious valentia *lib.* 3. *illuſt. tract.* 4. *cap.* 2. *per totum.* maximè cum jus perſonæ attendens ei aliquod indulget privilegium; abſurdum enim eſſet dicere, eadem merita intercedere in perſona hæredis, quæ in perſona defuncti inveniebantur, cujus generis eſſe conſtat beneficium hujus exceptionis filio conceſſum; nec ex eo injuria infertur hæredi, cum in ejus ſit arbitrio hæreditatem repudiare, ſi verò eam adit, ſibi debet imputare, cur egeni debitoris hæreditatem adierit, quod ſciebat non niſi ea lege adiri poſſe, ut ipſe in ſolidum obligetur, *l. ſi duo* 38. *de bonis libertorum l. quæ do*. 33. *ſoluto matrimonio.* nec hic nova inducitur obligatio in perſona hæredis, quæ non cœpit à defuncto *dict. l.* 44. *de pec.* Sed ſolum perſonalis exceptio, quæ humanitatis ratione filio competebat, ejus hæredi denegatur.

Verum ſic inſurgit: beneficium integrum 25
reſtitutionis quod minoribus ſua facultate lapſis, vel adverſarii caliditate deceptis conceditur, perſonale eſt, cum perſonæ favor illud extorſerit, & tamen tranſmititur, ad hæredem *l. non ſolum* 6. *de in integrum reſtitutione l. minor.* 28. §. *ult. cum l. ſequenti de minoribus.* ergo pariter licet hujus exceptionis beneficium quod datur filiofamilias ſui juris effecto perſonale ſit poterit ad filii hæredem tranſmitti. Reſpoodeo beneficium in integrum reſtitutionis *non eſſe abſolutè* perſonale, ſed mixtum, reale ſcilicet, & perſonale, licet enim reſtitutiones omnes plerumque dentur ob cauſam, quæ perſonalis eſt, nec ad hæredem tranſit, dantur ad rem ipſam, & ratione geſti negotii. V. G. beneficium in integrum reſtitutionis minorum, quod idem decidit in beneficio exceptionis, quæ competit mulieri intercedenti ex Senatus Conſulto Vell. quod ideo rei cohærere dicitur, *in l.* 7. *de exceptionibus*; quod licet ſolis mulieribus competat, ideo tamen competit, quia interceſſerunt, unde reſtat in integram reſtitutionem ad hæredem tranſire, quatenus cauſæ beneficium eſt; ſed tamen fidejuſſori non competit *l. in cauſa* 13. *de minor. l.* 1. *C. de fid. min.* quatenus perſonæ beneficium eſt docet Petrus Barb. *in l. quia tale* 13. *ſoluto matrimonio num.* 50. *&* 51. diſcriminis rationem reddit Donellus *lib.* 21. *commentariorum cap.* 14. *quem ſequitur* Oſſualdus *ibi litt. H. & J.* nam fidei juſſor in hoc accipitur ab eo qui cum minore contrahit, quod ei potius, quam minori fidem habeat, ſibi imputet: ergo fidei juſſor, ſi minoris qualitatem non ignorans pro eo intervenit. Unde in integrum reſtitutio reſpectu fidei juſſoris eſt perſonalis, vel potius aſſumit naturam perſonalis beneficii; at hæredi nihil eſt, quod imputari poſſit, unde ejus reſpectu reale eſt,

ſed

Digitized by Google

ſed de hoc forſan infra latius ; beneficium verò exceptionis, quod filio ex noſtro edicto conceditur omnimodo perſonale eſt, quia licet ob cauſam non exprimendæ incipientis familiæ ei competat, tamen hæc ipsâ causâ perſonalis eſt, nec in ejus hærede poteſt vigere, ad quem ideo non tranſmittitur.

26 Quæ doctrina hanc recipit extenſionem, ut non ſolum exceptio hæc non competat hæredi filii, quando filius ipſe deceſſit, antequam ſuper negotiis geſtis in poteſtate eis fuiſſet conteſtata, ſed nec etiam tranſit ad hæredem, quando filius deceſſit poſtquam eis fuit ſuper negotiis illis conteſtata; quam ſententiam in terminis mariti tenent Barth. *in l. ex diverſo* 17. §. *fin. ſoluto matrimonio.* Jaſon *in l. inter eos* 19. *de re judicata num.* 21. quos ſequitur Petrus Barboſa *in l. maritus* 12. *ſoluto matrimonio num.* 77. *cum duobus ſequentibus.* nititur ratione & authoritate ſententia hæc; ratio eſt, nam litis conteſtatio, aut hujus exceptionis oppoſitio, ſive in judicium deductio non poteſt efficere, ut exceptio hæc deſinat eſſe perſonalis, ſed eo ipſo intranſmiſſibilis eſt, ut jam dixi : ergo adhuc poſt litis conteſtationem ad hæredem non poteſt tranſire; deinde hæc exceptio etſi in judicio opponatur, nec extinguit nec minuit obligationem, ſed ſolum differt ſolidi exactionem cum dilatoria ſit, non peremptoria, ut ex inferius dicendis apparebit ſpeciali humanitatis causâ ſubnixa : ergo cum obligatio per eam imminuta non fuerit, etſi in judicium deducta ſolidum hæres rei debet & ſolidi patitur exceptionem cum ejus reſpectu exactio differri nequeat, ceſſante delationis ratione ab authoritate mariti de dote id evincitur. *ex l. ſi cum procuratore* 23. *de re judicata* ubi ait Paulus quod ſi cum procuratore mariti actione de dote actum fuerit, vivo marito inquantum facere poteſt, fit condemnatio, nam & defenſor mariti, in id, quod ille facere poteſt damnatur, de quo mox mortuo verò marito in ſolidum fit condemnatio, tum fit in hac ſpecie præcisè litis interceſſit conteſtatio : ſi quidem de dote actum fuit, actio verò in judicium non deducitur, niſi prævia litis conteſtatione, & tamen quia maritus ipſe, cui exceptio competebat, deceſſit, procurator, qui litem proſequitur & potuit quidem ut mandato morte mandantis non extincto, qua res integra non erat, *l. & quia* 6. *ff. de jure judicium* §. *rectè quoque inſt. de mandato.* licet ſecus ſit, ſi procurator ipſe decebat ad judicium datus, *l. tam ex contractibus* 57. *in ſin. de jud.* in ſolidum damnatur : ergo pariter licet nuper ſui juris factus decedat poſt litis conteſtationem tamen exceptio, quæ ipſi competebat, in quantum facere poteſt, ad hæredem non tranſibit.

27 Opponunt tamen nobis Cumanos & Socinus, qui contrariam ſententiam tueri conantur textum *in l.* 2. §. *ſanè de exceptionibus. text. in l. ſi eum* 10. §. *qui injuriarum*, & ex ejus causâ interpoſitâ ſtipulatio, licet ex ſua natura ad hæredes non tranſeat, tamen ſi lis à defuncto fuit conteſtata hæredi etiam ejus, qui injuriam paſſus eſt, competit, id poſſent facilius, & evidentibus probare, *ex* §. *non autem omnes* 2. *inſt de perp. & temp. act. in fin.* inducunt etiam text. *in l. vir. exemplo* 12. *verſiculo. quod ſi ex pupillari de verb. ſignif.* ubi actio Pupillaris poſt litem conteſtatam ad hæredem tranſmititur, quæ tamen antè intranſmiſſibilis eſt, ut omnibus conſtat, ex quibus ſic arguunt. Actio ſuâ naturâ ut ſit intranſmiſſibilis poſt litem conteſtatam tranſibit ad hæredes : ergò &c. Reſpondeo omiſſo Petro Barboſa *ubi ſupra num.* 78. ideo actionem injuriarum poſt litem conteſtatam tranſire ad hæredes ejus, qui paſſus eſt injuriam, quia id regulare eſt in actionibus illis perſonalibus, quæ non ſolent ad hæredes tranſire, & tranſeunt lite conteſtata *dict.* §. 2. *inſt. de perp. & temp. act.* ob quaſi contractum judiciale *l.* 3. §. *idem ſcribit de peculio*, cujus vi inducitur novatio neceſſaria *l. alia* 29. *de nov.* ſed nec id ad diluendam difficultatem ſufficit : nam quemadmodum per litis conteſtationem actio novatur, & ſic pariter novatur exceptio, ut conſtat *ex l.* 1. *ff. de exceptione rei judicatæ.* Addendum ergo eſt ideo actionem injuriarum, quia propriam vindictam conſequitur ; & quia verè injuriam remiſiſſe defunctus videtur, qui litem ſuper ea conteſtatus non eſt, actio verò hæc amiſſione abolerur, *l. non ſolum* 11. §. *de injuriis* ; quod dici non poteſt, ſi jam lite conteſtata deceſſit, cui rei accidit publicè expedire, ne delicta maneant impunita *l.* 31. *de peculio.* quæ ratio non vertitur in exceptionem, de qua loquimur, quæ nec latè conteſtata poteſt ad hæredes tranſire ob jam dicta. Nec obſtat *dict. l. ult.* §. 22. *de verb. ſignif.* quia dico ideo Pupillarem actionem lite conteſtata tranſmitti, quia tunc in bonis conſtituitur, & quia perſonalis non eſt, cum cuilibet de populo competat. Ex quibus infero cum Baldo *in l.* 2. *C. hoc tit. num.* 4. quod etſi filius jam in quantum ejus facultates patiebantur, condemnatus deceſſerit, exceptionem tamen hæredi non prodeſſe, quod ſequentibus rationibus fundo. In hac exceptione non habetur ratio ſententiæ, cum & poſtea poſſit opponi *l. biennium* 42. §. *in ſolidum ult. de re judicata.* deinde certum apud omnes, tempus ſententiæ retrahi ad tempus accepti judicii §. *ſi ad exhibendum inſt. de officio jud.* & tamen ſi poſt litem conteſtatam filius decedat, exceptio tranſit ad hæredem *dict. l.* 23. licet retrotractionis ; tamen exceptionem ad hæredem non transfert. Contrarium tamen Joannes & Ang. *in* §. *ſed ſi quis inſt. de actione*, quos ſequitur Petrus Barboſa *ubi ſupra dict. num.* 78. ea moti ratione, quia ſententia judicis ſaltem hoc efficit, ut actio creditorum videatur illiſa quoad effectum executionis ; Unde inferunt impoſſibile eſſe eam in ſolidum executionem fieri in hæredem, & ad id facere aiunt textus *in l. ex judiciorum* 20. *de accuſationibus.* ubi pœnæ bonorum ademptionis ex publicis judiciis non alias tranſeunt ad hæredes, quam & his fuerit conteſtata & condemnatio ſequuta ; & ex his inferunt fortiori ratione, quod ſi filius decedat poſt factam deductionem, id quod ex bonis retinuit remanebit pœnes ejus hæredem ; ſed miſerè falluntur, falſum eſt, quod ipſi pro vero tradunt poſt ſententiam actionem creditorum illidi quoad effectum executionis, non enim illiditur ſed differtur, quouſque filius ipſe

ad meliorem perveniat fortunam *l. ſed etſi ex parte* 4. §. *ſed an etiam* 5. *hoc tit.* quam ob rem caret de eo quod minus ſolvit reſtituendo *l. unic.* §. *cum autem* 7. *C. de rei uxoris actione.* hanc dilationem hæredi competere ridiculum eſſet, cum nec jam defunctus poſſit fieri locupletior, nec amplius ſit locus cautioni: reſtat ergo ut ſolidum hæres perſolvere compellatur, cum integra in eum deſcendat obligatio, inauditum eſt enim hæredem præferri creditoribus *l. in imponenda C. ad l. Falcidiam* §. *ult. inſt. eodem.* Præferretur verò ſi aliquid de functionibus retineret, quin ſolidum creditoribus ſolveret *dict. l.* 20. *de accuſationibus*, ad rem non facit; quia ideo requiritur condemnatio, ut pœnæ illæ circa hæredem tranſeant, quia in jus ſunt rigidæ, & ſolum ad deterrenda maleficia imponuntur; ut delinquentes egeſtate laborent, ideo ſolâ litis conteſtatione non tranſeunt, condemnatione tamen ideo tranſeunt, quia ejus vi fiſco fuerunt acquiſita. Nec minus abſurdum eſt illud quod inferunt, ſcilicet quod ſi filius decedat poſt factam deductionem, id quod deduxit manet pœnes hæredem; nam cum hæc deductio alimentorum nomine facta fuerit, ridiculum ſane eſſet hæredem retinere alimenta defuncto, quin potius ex eo infertur deductionem illam ceſſare, cum jus ſit perſonaliſſimum morte filii *l.* 8. §. *modum* 10. *de trans.*

28 Inſurgit tamen Barboſa ex textu *in l. libertis* 4. *de alimentis & cib. l. cum hi* 8. §. *ſi uni* 16. *de trans.* in quibus ſi prædium alienari prohibitum relinquitur ad alimenta, plenum dominium in eum transferri dicitur, & prædium ad hæredem tranſmitti, ſi poſt diem legati, aut fideicommiſſi cedentem decedat is, cui relictum eſt; ex quibus conſtat, quod licet regulariter alimenta morte finiantur; tamen quando aliquid alicui relinquitur, ut ex eo percipiat alimenta, id ad hæredem commodè tranſmittitur: tunc ſic arguit, legatum relictum liberto ut ex eo percipiat alimenta, plenè acquiritur ab eo: ergo id poterit tranſmittere ad hæredem, ſi poſt factam deductionem decedat; & per conſequens exceptio quantum facere poteſt, tranſibit ad hæredem filii; ſaltem quando ipſe decedit poſt deductionem illam alimentorum nomine factam. Reſpondeo diſcrimen conſtituendo inter caſum, quo aliquid à teſtatore relinquitur, & ex eo honoratus alter alimentorum nomine: & eum caſum quo alicui condemnato ex humanitate aliquid relinquitur, vel potius non extorquetur, ut ille alimentis non careat, ut evenit in re de qua habetur ſermo, quoties teſtator prædium ad alimenta relinquit, hujuſmodi relictum non eſt perſonale, ſed reale, ut patet ex re ipſa relicta, nec illa adictio *ad alimenta, ut habeat unde ſe alat.* illud efficit perſonale; quia magis pertinet ad cauſam legandi, quam ad alimentorum jus perſonale conſtituendum, ut in eadem ſpecie aiebat Valens Juriſconſultus *in l. cum alimenta* 22. §. *qui fratri* 1. *de aliment. & cib. l.* 8. causa verò legandi legato non cohæret *l. cum tale* 72. §. *falſum* 6. *de cond. & demonſt.* licet non eſt prudentis teſtatoris Conſilium negligere, & non poſſit id, quod relictum eſt inconſulto Prætore diſtrahi, *dict. l.* 8. §. 15. & non quidem ex verbis orationis domini Marci, qui ſolum de relictis alimentis prohibet tranſactionem, ſed ex ſententia argumento *dict. l.* 8. §. 4. at verò cum ex humanitate filio aliquid ex bonis relinquitur, ut ſe alat causa relinquendi relicto cohæret; quia ſine causâ non relinqueretur, unde cum causa perſonalis ſit, & relictum perſonale eſſe debet, quod non evincit cum relictum ipſum, ſeu cum teſtator aliquid ad alimenta relinquit, quia cum legatum poſſit ſine causâ conſiſtere causa ipsa non eſt attendenda.

Quæ huc uſque de non tranſmittenda ad hæredes exceptione, in quantum facere poteſt filiofamilias competente nuper ſui juris facto diximus, exiſtimo locum trahere non ſolum in hæredibus extraneis, ſed & in filiis, qui patris hæredes extiterunt, nam rationes omnes, quibus defendimus hanc exceptionem intransmiſſibilem eſſe, æquè vigent in filiis ſuis hæredibus, ac in extraneis hæredibus; ſed ſic objicies, eadem ratio, quâ nuper facto ſui juris competit ex noſtro edicto exceptio viget in filio ſuo hærede, licet non vigeat in hærede extraneo: ergo licet exceptio hæc non tranſeat ad extraneum hæredem, tranſibit tamen ad filium ſuum hæredem: probabis antecedens, nuper ſui juris effecto ideo competit exceptio, ne novus paterfamilias opprimatur, & ut nova familia in dies augeatur; ſed eadem ratio viget in filio ſuo hærede, licet non vigeat in hærede extraneo, cum & hic filius ſuus hæres novus paterfamilias fiat, & familiam patris conſervet, & continuet *l. utrum* 9. *de bonorum poſſeſſione circa tabulas*: ergo cum eadem ratio vigeat in filio ſuo hærede, licet non vigeat in hærede extraneo, eadem ad eum debuit tranſmitti exceptio, quæ patri ejus competat. Reſpondeo quod licet eadem ratio vigeat in filio ſuo hærede, quæ dabatur in patre, tamen non viget reſpectu paternorum creditorum, ſed reſpectu eorum, cum quibus ipſe contraxit dum erat in poteſtate, quorum reſpectu non negamus ei dari poſſe exceptionem ex noſtro edicto ſi non eſſet à patre inſtitutus: nec quod filius paternam familiam contineat: in causâ eſt ad exceptionem tranſmittendam, quia edictum non favet eis, qui familiam contineant ratione ejus, in cujus locum ſuccedunt, ſed ratione propriorum contractuum: ſibi ergo filius imputet, ſi damnoſæ patris hæreditati ſe immiſceat; nam ex paternis debitis ſolidum ſolvere cogitur omnimodò: videamus tamen, quid interpretes, quos viderim ad contrarium ſentiendum impulerit, ut videre eſt apud antiquiores, quos refert & ſequitur Petrus Barboſa *in dict. l.* 12. *ſoluto matrimonio num.* 80. & 81. & alios, quos refert, ſequiturque Oſſualdus *lib.* 17. *commentariorum cap.* 29. *littera V.* quibus ſubſcribit idem, ut in dubitandum docens dominus Retes *de donationibus cap.* 20. *num.* 3. hi omnes conſtanter aſſerunt hujus exceptionis beneficium ad filium ſuum hæredem tranſire, vel emancipatum, præcipuum fundamentum eſt textus, *in l. etiam filios* 18. *ſoluto matrimonio.* ubi ait Pomponius filios mulieris, qui

patri

patri hæredes extiterunt in id quod facere poſſunt condemnatos; inferunt ergo ad filios hæredis tranſire hujus exceptionis beneficium, inducunt etiam textum *in l. aſſiduis* 12. §. 1. *verſiculo exceptis C. qui potiores in pignore habeantur*, ubi privilegium (poſt hæc ſcripta idem vidi ſenſiſſe Gothofredum *in dict. l.* 18. & Donellum ſequentem Gonzalez in *cap.* Oduardus 3. *extra de ſolut. n.* 9. & etiam Donellum Ramos *in dict. l.* 16. *de de re judicata num.* 4.) quod mulieris perſonæ conceditur ad repetendam dotem §. *fuerat* 29. *inſt. de act.* ad filios tranſit: ergo pariter exceptio hæc, ut ſit perſonalis, debet ad filios tranſire, ſed falluntur meo judicio, contrarium enim verum eſt juxta dicta, nec tunc prædicti nos turbant; nam Reſpondeo ideo *in dict. l.* 18. filios communes, ideſt, eodem matrimonio natos, de quibus ſolum textus loquitur, & ita interpretes relati accipiunt in id ſolum quod facere poſſunt, damnari ex causâ dotis, quando patri hæredes extiterunt; quia à matre ſua conveniuntur: conſtat verò parentibus & liberis dari exceptionem, in quantum facere poſſunt ex quacumque causâ conveniantur, ut dixi *num.* 2. *ex dict. l.* 16. *& l. ſeq. de re judicata.* & tenent Donellus *ſub lib.* 23. *commentariorum in dict. l.* 16. & expreſſius docetur, *in l. cum ex causâ* 30. *in fin. eodem.* Unde licet filii hæredes poſſint opponere exceptionem, quemadmodum & poterat opponere pater, non tamen ex perſona patris jure tranſmiſſionis ea gaudent, ſed ex propria perſona, quatenus à matre ſua conveniuntur, quod idem fatebor intercedere, ſi fortè filius hic, cui ex noſtro edicto datur exceptio, contraxiſſet cum matre ſua, ſi poſtea decedat, filio hærede relicto, filius hæres potuit etiam adverſus aviam ſuam exceptionem exercere, & opponere non quaſi hæres jure patris, ſed quaſi nepos jure proprio, quod minor interpretes non animadvertiſſe, nec obſtat, *dict. l.* 11. §. 2. nam ut advertit ipſe Barboſa ubi ſupra *num.* 61. quem ſequitur noſter Pichardus *in dict.* §. *fuerat* 29. *inſt. de act. num.* 54. Privilegium prælationis non tranſit in filios prout hæredes, ſed prout filios, quia à lege id nominatim cavetur, & in filiorum perſona ob matrimonii favorem denuo idem privilegium conceditur, qua eadem doctrina capiendi ſunt textus, *in l. mores* 9. §. *parentes* 13. *cum* 3. *ſequentibus. l. veteranis* 3. *ff. de veteranis alias de privilegiis veter. l. D. Marco.* 11. *O.* 9. *quæſt. l. quoties* 3. *C. de privilegiis ſcholaſticis lib.* 12. *l. in ſacris.* 12. *C. de proximis ſacros ſcrin. eodem lib. l. ante diem* 4. *C. de Caſtreſianis & Miniſterianis eodem lib.* 12. *cum aliis ſimilibus docet* Barboſa *in dict. l.* 14. *ſoluto matrimonio num.* 34. *& ita intelligo in fin C. de aqua ductu eodem lib.* 11.

30 Illud nunc admonendum eſt ſcilicet, quod licet exceptio hæc non tranſmittatur ad hæredem filium, tamen competit etiam filio contra hæredes eorum creditorum, cum quibus dum erat in poteſtate contraxit; ratio ea eſt, quia licet ſit perſonalis, tamen non eſt perſonalis reſpectu creditorum, ſed reſpectu filii, qui ideo dum vivit, debet ea gaudere adhuc contra hæredes creditorum, ſed poteſt illuſtrari ex eo, nam licet uſusfructus perſonalis ſit reſpectu uſusfructuarii; tamen ex parte concedentis realis eſt *l. uſusfructus* 5. §. 1. *ſi uſusfructus petatur*, *l.* 5. *verſiculo reo de uſufructu.* quod idem evenit in alimentis *l. libertis* 18. §. 1. *de alim. legat.* id expreſſe probatoe *ex l. ſi poſt divortium* 27. *ſoluto matrimonio.* ubi ait Conſultus, quod ſi poſt divortium mulier occidat, & ejus hæres de dote agat, eadem intervenire dicuntur circa dotis reſtitutionem, quæ ipsâ muliere agente, obſervatur: ergo exceptionem habet maritus contra hæredem uxoris; quod idem dicetur caſu, quo dos ob mulieris delictum fuerit publicata. Nam etiam adverſus fiſcum, qui in locum mulieris ſuccedit, marito competit exceptio in quantum facere poteſt, *l. ſi m tris* 36. *ſoluto matrimonio.* & quod magis eſt etiam contra particularem ſucceſſorem univerſalem uxoris, ſed & juxta particularem competit exceptio, cui tamen non videbatur danda contra ſucceſſores; quia nullam ei debet reverentiam; cujus causâ exceptio, ei competere videtur ſolum ex eo quod cum ejus perſonæ cohæreat, eam, dum vivit, debet habere; multo fortiori ratione exceptio competens filiofamilias & novo jam facto patrifamilias debet dari circa creditorem hæredis; cum non ob reverentiam aliquam ei datur, ſed re nova opprimatur familia, quæ æquè opprimeretur, ſi ab eo hæredes creditoris ſolidum extorquerent, ac ſi ipſis creditores integrum exigerent debitum.

Hanc doctrinam evertere videtur textus *in* 31
l. Næſennius 41. *de re judicata*; ubi is, qui donare Titio volebat, delegatus fuit pro donatariis ut alii promitteret, promiſitque ei, cui donatarius donare volebat, veluti ſi is, qui mulieri donare volebat, promiſerit viro dotis nomine, quærit Paulus an promiſſor in ſolidum excutiendus ſit, an verò eamdem exceptionem habeat adverſus eum, qui promiſerit ratione delegationis quam haberet adverſus donatarium ipſum, *ex regula legis Divus Pius* 28. *de reg. juris*, & reſpondet in ſolidum eſſe condemnandum abſque auxilio beneficii; ea addita ratione, quia non convenitur à donatario, ſed à tertio qui reſpectu donatoris extraneus eſt, *l. ſi quis delegaverit* 12. *verſiculo ſed ſi per ignorantiam denovat.* comparatque Conſultus hunc donatorem conventum à tertio hærede donatoris, qui non gaudet hoc tit. beneficio: nunc textus ſic expendi poteſt, quando is, qui donare Titio volebat, fuit delegatus per Titium, ut alii promitteret, donatio perfecta fuit in perſona Titii, *l.* 2. §. *cum curo* 2. *de donat.* & in locum Titii ſucceſſit ille, cui ratione delegationis promiſſum fuit, & tamen exceptio, quæ competebat donatorii in id, quod facere poteſt contra Titium donatarium, non competit ei contra tertium particularem ſucceſſorem, cui ex Titii delegatione promiſit: ergo pariter exceptio in quantum facere poteſt competens ex noſtro edicto filio ſui juris facto adverſus creditores, cum quibus contraxit exiſtens in poteſtate, non poteſt ei competere contra ſucceſſores creditorum; foeriorem do paritatem; ſicut ratio ob quam filio datur exceptio ex edicto æque viget reſpectu ſucceſſorum creditorum, ac reſpectu creditorum ipſorum, cum æquè per ſolidi extorſionem factam ab eis non opprimeretur familia;

ſic ratio ob quam donatori competit exceptio ex reſcripto divi pii, quæ ea eſt, ne ſcilicet ex ſua liberalitate periclitaretur *l. 50. de re judicata*: æque viget reſpectu ſucceſſoris donatarii, ac reſpectu ipſius donatarii, cum æquè inops fiat donator per ſolidi exactionem factam à ſucceſſore donatarii, ac ab ipſo donatario; & tamen exceptionem donator non opponit contra ſucceſſorem donatarii: ergo nec filius poterit exceptionem opponere circa ſucceſſores creditorum.

32 Omiſſis ſolutionibus Cujacii *lib. 12. obſ. cap. 17.* & Anton. Fab. *lib. 2. conjecturarum cap. 13.* Reſpondeo cum domino Retes de *don. cap. 20. num. 4.* ſtricto jure non poſſe donantem opponere exceptionem adversùs tertium, cui ex donatarii delegatione promiſit, quia reſpectu ejus extraneus eſt. Nec tamen eo jure periclitari donantem, quia totum illud, quod per exceptionem poſſet retinere, ſi à donatario conveniretur ab eo repetit, ut inſinuat Paulus *in dict. l. 47.* non quidem per actionem in factum ut falsò divinat dominus Retes, ſed per actiunem mandati circa mandantem, ut ſibi reſarciat damnum, quod ratione mandati, paſſum eſt. Conſtat verò eum qui ex delegatione donatarii tertio promiſit ratione obligationis ſui mandati damnum paſſum fuiſſe, ſi quidem ſolidom ſolvere fuit compulſus, quod perſolvere non compelleretur ſi mandatum non interceſſiſſet; ergo actione mandati poterat recuperare à donatario id, quod retinere poſſet ſi ab eo conveniretor; ex æquitate tamen, his reſecatis ambagibus, cautum eſt, ut douator poſſit opponere tertio exceptionem, quam poſſet opponere donatario, quia ſucceſſor ex causâ lucrativa iiſdem exceptionibus repelli poteſt, quibus author ſuus poſſet repelli *l. apud Celſum 4. §. ſi quis autem 29. & §. authoris 31. de doli mali & metus exceptione.* Secus verò ſi ſucceſſor ſit ex causâ onerosâ *dict. l. 12. de novat.* ſecundum quam æquitatem ſupponit Ulpianus *in l. ſi extraneus 33. de jur. dot.* non debere eſſe nimis ſollicitum ex excutiendo donatore, qui ſibi nomine mulieris, vel potius ex ejus delegatione dotem promiſit, quem non poſſet convenire, ultra quam facere poſſet, cujus deciſionis eam eſſe rationem, ait dominus Retes, quia licet causâ dotis cenſeatur oneroſa reſpectu viri, quia ei datur pro oneribus matrimonii, *l. pro oneribus 20. C. de jur. dot. eleganti textu in l. ſicut 8. §. ſed ſi promiſerit 13. verſiculo quod ſi in dotem. ff. quibus modis pign. vel hypotheca ſolv.* tamen reſpectu donantis liberalis eſt, & maritus ſuppoſitus fuit in locum mulieris, in qua liberalitas conferebatur; verùm tunc ratio falsa eſt; nam ex ea ſequitur quod circa nullum ſucceſſorem donatarii poſſit opponi tunc exceptio, & ſi ex oneroſa cauſa ſuccederet, quod falſum eſt *ex dict. l. 4. §. 31.* omnis ejus cauſa licet oneroſa ſit, reſpectu donatarii & ſucceſſoris, lucrativa tamen & liberalis eſt reſpectu donantis; quare dico exceptionem competere donanti contra maritum, quia cauſa dotis non omnimodo oneroſa eſt ſed etiam aliquantulum lucrativa ſaltem in causa, cum poſſit etiam maritus eſſe ſine dote; ſufficit verò cauſam lucrativam eſſe aliquatenus, ut exceptio circa ſucceſſorem detur *dict. l. 4. §. 31. verſiculo ca erum.* ubi excèptio competit contra eum cui noxæ deditum fuit . . . . . quæ competebat, contra eum, qui noxa dedit, cum tamen cauſa noxæ deditionis non ſit omnino lucrativa ſed magis oneroſa: unde infert Conſultus idem dicendum eſſe in quacumque alia cauſa, quæ propè lucrativam habeat acquiſitionem, eadem æquitate attenta, exauditur textus *in dict. l. 32. ſoluto matrimonio.* & hi omnes loci conciliantur *cum dict. l. 41. de re judicata.* ibi enim Paulus intuetur ſtrictum agendi ordinem, & rigoroſum curſum judicii, nec tunc infertur ſaltem ſtricto jure attento non poſſe nuper ſui juris effectum exceptionem opponere adverſus hæredes creditorum, quia maxima eſt ratio diſcriminis: qoi promittit tertio ex delegatione donatarii ex ſua propria perſona, & voluntate exceptionem amittit, licet non eum ſequatur circa dicta, quod idem diſcrimen, ſi filius ex delegatione creditorum, cum quibus contraxit dum erat in poteſtate, aliis promiſerit, at verò delegatio non recepta hæredum, nec donanti, nec filio quidquam valet imputari; cum non contraxerint, ſed in eos inciderint, ideo exceptionem poſſunt adversùs eos opponere etiam jure ſtricto, & ex ea etiam ratione, quia nullus hic daretur circuitus, quo ſibi poſſint illatum damnum reſarcire.

33 Adhuc tamen non ſolum hanc exceptionem competere novo patrifamilias contra hæredes creditorum, ſed etiam ejus hæredibus probari videtur ſequenti paritate; libertas non poteſt opponere contra hæredem patroni exceptionem doli, quam opponere non poterat circa patronum ipſum *dict. l. 4. §. adverſus 16. verſicula libertum autem de doli mali, & metus exceptione*; ergo à contrario hæres novi patriſfamilias poterit opponere eamdem exceptionem circa creditores defuncti, quam ipſe opponere poterat: conſequentia probatur; ſicut exceptio ex noſtro edicto deſcendens perſonalis eſt, ſic reverentia debita à liberto patrono, cujus causâ libertus circa patronum non poteſt oppouere exceptionem doli, perſonalis eſt tam reſpectu liberti, quam patroni: ergo ſi libertus exceptionem doli, quam opponere non poterat adversùs patronum ratione reverentiæ ejus perſonæ ab eo debitæ non poteſt opponere circa hæredem patroni, à contrario exceptio noſtra licet perſonalis ſit, ex parte filii ad hæredes ejus tranſmittitur: Reſpondeo libertum non poſſe adversùs hæredes patroni opponere exceptionem doli, ſi quæratur de dolo defuncti; ſecus verò ſi de dolo proprio hæredis agator; textus ſic intelligendus *in l. hæredibus tamen 13. de dolo.* ex ſententia Oſſualdi *ad lib. 22. commentariorum.* Donell. *cap. 6. duplici littera C. C.* omiſſa interpretatione Antonii Fabri iu rationali ejuſdem *l. 13.* & expreſſior textus *in l. ſi præteritus 15. de bonorum poſſeſſione.* coutra Fabrum, nam convenit tam vivo quam mortuo patrono à liberto honorem exhiberi, ut ait Conſultus *in dict. §. 16.* quæ ratio ſic explicanda eſt; exceptio doli ſuggillat famam ejus, cui opponitur, etſi hæredi opponatur, defuncti tamen famam ſuggillat, non hæredis *l. ſi Sabinum 29. cum l. ſequenti de dolo.* cum de dolo

defuncti

defuncti quæratur; cum ergo libertus nequeat patroni ſuggillare famam, exceptionem de dolo defuncti non poteſt opponere contra hæredem ut ei adhuc mortuo honorem exhibeat; unde ideo nequit eam exceptionem opponere, quia ratio reverentiæ poſt mortem adhuc perſeverat; ſi verò libertus deceſſerit, ejus hæres poteſt exceptionem opponere *l. hæres* 8. *de obſequiis parentibus & patronis præſtandis.* quia hic libertus nullam debet reverentiam; excipiuntur filii hæredes, qui ex humanitatis ratione debent alimenta patri defuncti, quando ipſe ſubmergit *l.* 5. §. *item reſcriptum* 17. *de alend. lib.* exceptio proveniens ex edicto noſtro perſonalis eſt reſpectu novi patrisfamilias; & ratio exceptionis poſt ejus mortem deficit; ergo merito ad hæredem non tranſmittitur.

34 Alia ſanè cauſa eſt procuratoris, aut defenſoris novi partisfamilias; huic enim perinde exceptio competit, ac ſi ipſi novo patrifamilias cujus mandatum ſuſcipit vel cujus negotiis adminiſtrare ſe ultro offert *l. minor.* 11. §. *quoniam* 1. *de procuratore. l. ſi cum procuratore* 23. *de re judicata. l. alia* 14. *ſoluto matrimonio*, *l. verum* 63. §. *videndum* 1. *pro ſocio*, nam licet ſit perſonalis, tamen procuratori competit; quia vicem rei ſubiit ratione mandati, & licet maximum ſit diſcrimen inter procuratorem & defenſorem; quia virtute ſententiæ latæ contra perſonam procuratoris (contra eum enim, non contra reum ſententia fertur *l.* 1. *C. de ſententiis, & interlocutionibus omn. jud.*) in rei bonis fit ex æquo, non vero in bonis ipſius procuratoris *l.* 4. *de re jud. l. Plautius* 61. *in principio de procuratore.* ſententia verò lata contra defenſorem in ejus bonis fit ex æquo, non verò in rei bonis *l. ſi procurator* 28. *dict. l.* 61. *de procuratore.* tamen quoad hanc juris partem nulla eſt inter procuratorem & defenſorem differentia, ſed quemadmodum exceptio competit procuratori, ſic & competit defenſori, ſed quemadmodum defenſor non admittitur niſi præterita cautione de judicato ſolvendo §. *ſi vero reus inſt. de ſatisd.* cum non cenſeatur quis alienæ cauſæ defenſor idoneus *l. qui proprio* 46. §. *qui alium* 2. *de procuratore.* præſtita verò cautione loco domini abſentis conſtituitur *l. Titius* 26. *de procuratore*, & per conſequens loco abſentis debet condemnari eo modo quo abſens erat condemnandus, in cujus locum fuit ſubrogatus: nec obſtat hæredem ſubrogari loco defuncti, cui tamen exceptionem non competere certum eſt, quia reſpondetur tamen exceptionem non competere, & ſubrogationem locum habere, quando exceptio durat: unde cum morte novi patrisfamilias extinguatur exceptio; extingui etiam ſubrogationem certum eſt & conſequens; at procurator, vel defenſor poteſt ſubrogatus dici in locum nuper ſui juris facti, in cujus perſona conſiſtit exceptio, & ideo ſubrogatio operatur, ut exceptio competat procuratori, vel defenſori, quæ ratio differentiæ indicatur *in dict. l.* 23. *de re judicata.* ubi procurator vivo marito in id ſolum quod facere poteſt condemnatur, eo vero mortuo in ſolidum; quia extincta exceptione, non poteſt eſſe locus ſubrogationi.

35 Contra hanc doctrinam ſic poteſt argui, beneficium in integrum reſtitutionis competens minori, non competit ejus defenſori, ut expreſſe docet Paulus *in l. cum qui* 46. *de min.* cujus nulla alia poteſt eſſe ratio, quam quod perſonale eſt; ergo pariter exceptio competens novo patrifamilias cum perſonalis ſit, non poterit ejus hæredi competere. Augetur difficultas, quia facilius tranſibit ad alium in integrum reſtitutio, quam exceptio hæc, cum illa ad hæredes tranſmittatur *circa dicta ſupra num.* 32. hæc verò intranſmiſſibilis eſt, & tamen illa defenſori non competit, quia multo minus perſonalis exceptio ei debet competere, ut huic argumento reſpondeam, adverto, quod reſtitutio in integrum competens minori, competit etiam ejus procuratori, dummodo ad eam petendam ſpeciale habeat mandatum *l. illud* 25. §. 1. *de min.* ubi additur generale mandatum de univerſis negotiis gerendis non ſufficere ex ratione quam tradit Faber *in rationali dict. l.* 25. §. 1. & ſequitur Oſſualdus. 18. *comment.* Donell. *cap.* 12. *lit. K. K.* quia reſtitutionis auxilium ut potè extra ordinarium, odioſum eſt, cum reſcindat, quod ipſo jure tenet, unde requirit mutationem voluntatis cum reſtitutio petitur, cujus probatio exigitur ab eo, qui eam allegat, quæ, ut conſtat, requirit ſpeciale mandatum, unde procurator ex mandato generali reſtitutionem minori competentem petere non poteſt, & multu minus eam poteſt defenſor petere, cum hoc ſpeciale mandatum committeret ad petendum reſtitutionem, quod ſi non ferunt, ſibi imputent, quia ea res non poteſt eſſe damnoſa minori, unde ex quo ſententia in bonis fit, nec ei tenebitur minor, niſi quatenus factus fuerit locupletior, & utiliter negotium geſtum, argumento textus *in l. jam tui* 6. §. *quid tamen* 6. *vid. ſolvi.* ſi verò ſententia lata fuerit contra procuratorem habentem generale mandatum, ex quo fiet in bonis minoris, qui mandati actione conſequitur, ut ſibi damnum illatum reſarciatur à procuratore, ſi tamen procurator ſolvendo non ſit, minor circa ſententiam reſtituitur argumento textus *in l. cum mandato* 23. *verſiculo ſi autem ipſe de minoribus*, procurator verò etſi habeat ſpeciale mandatum, reſtitutionem petere poteſt, ſed eam, quæ minori competit; at ipſe læſus procurator in facto ſuo reſtitutionem petere non poteſt, *dict. l.* 23. *verſiculo ſi autem*, quia abſurdum eſt majorem reſtitui, quod multo magis dicendum eſt de defenſore minoris, ex proprio facto læſo, cui reſtitutio nullo modo competit, de qua ſpecialiter loquitur *dict. l.* 46. *de minoribus*: ergo procuratori datur reſtitutio competens minori ex ratione de qua ſupra, quæ ſolum competit procuratori habenti ſpeciale mandatum, ad hæredes tamen tranſmittitur; quia perſonam defuncti, cujus amplius ſpecialis voluntas expectari non poteſt; ut exceptio ex noſtro edicto competens remedium extraordinarium non eſt, cum obligationem non diminuat, ſed ſolum ex æquitate executionem temperet, unde ſpeciale mandatum non requirit, & non ſolum procuratori redditur, ſive habeat ſpeciale mandatum, ſive generale, ſed & defenſori, qui omni carens mandato novi patrisfamilias negotiis gerendis ultro ſe offert, in hac difficultate

Digitized by Google

cultate diluenda noſtram agnoſcit operam, qui hæc contulerit cum traditis à petro Barboſa *in dict. l. maritum ſi ſoluto matrimonio.*

36 Poteſt opponi etiam textus *in l. licet 7. §. honoramem ult. de obſequiis parentibus & patronis præſtandis.* ubi deciſum fuit liberos, & libertos non poſſe intercedere actiones vocato patre vel patrono in judicium ſine venia, *junctis l. ſed ſi hac l. 10. §. ult. de in jus vocan.* Ubi ait idem Conſultus, quod Patronus Tutor, vel Curatoc impunè poteſt à libertis in jus vocari ſine venia, quod multo majori ratione dicendum erit de ejus procuratore, vel defenſore; ergo ſi hie honoc reſpectu in jus vocationis, quia perſonalis eſt, non habetur procuratoribus aut defenſoribus parentum, aut patronorum; pariter & exceptio ex noſtro edicto deſcendens cum perſonalis ſit non competit procuratori, aut defenſori filiifamilias: Reſpondeo verum eſſe perſonalem exceptionem, & perſonalem etiam eſſe honorem, quem liberi, & liberti parentibus & patronis exhibere tenentur; ſed maximum inter hæc duo intervenire diſcrimen quoad procuratorem ſeu defenſorem, libertus & filius circa procuratorem aut defenſorem patroni aut parentis ejus non poteſt actionem famoſam intendere *l. 2. de obſequiis.* licet tunc nulla infamia irrogetur *l. 1. 16. & 17. de his qui not. infamia.* tamen ſi condemnata hominis exiſtimatione pro infamibus habentur; nec aliud probat textus *in l. 7. §. ult. de obſequiis.* ejus enim eadem eſt ſententia quam textus *in l. 10. §. ult. de in jus vocand.* exceptio ex edicto competit ex ea ratione, ſeu ad eum finem ut à debitore filiifamilias ſui juris effecto ſolidum non extorqueatur, quæ ſi non daretur procuratori, vel defenſori, ipſi effectu denegaretur, nam ſi in ſolidum condemnatus eſſet procuratoc, ſolidum ab eo extorqueretur in executione ſententiæ quæ in ejus bonis fit condemnato verò defenſore, licet in defenſoris bonis fiat condemnatio & executio, tamen cum poſſit abſens novum patremfamilias negociorum geſtorum actionem defenſor experiri; at in defenſorem patroni vel patris poteſt libertum vel filium in jus vocare ſine venia, & idem in procuratore, quia procurator vel defenſor domini vicem ſolum ſubeſt quoad negotia, honor verò huic perſonæ debetur non negotiis; at exceptio ex noſtro edicto dimanans, licet ſit perſonalis, tamen pertinet ad negotia, quorum reſpectu domini ſubit vicem interventor.

37 Subtilis hic & longa ſe offerebat diſputatio, an procuratori in rem ſuam beneficium noſtri edicti competeret, ſi beneficium actioni daretur, *ut in l. ex pluribus 42. de adminiſtratione tutorum*, ſed cum non actioni, ſed potius exceptioni ſit conceſſum, quæſtio ceſſat, eſſet enim de non ſupponente ſubjecto, quod ut intelligatur, ſciendum eſt illud dici procuratorem in rem ſuam, cui à creditore actio ceſſa eſt in eum enim ratione ceſſionis utilis actio transfertur, directâ penes creditorem cedentem permanente, *l. procurator 55. de procuratoribus* qui ideo dicitur procurator in rem ſuam, ideſt, in proprium lucrum *l. qui abſente 4. C. eodem tit. de procuratoribus l. 1. §. quare procurator 12. juncto. §. antecedenti. ff. quando appellandum ſit l. 4. in principio de re judicata.* hujuſmodi ceſſio etiam invito reo fieri poteſt. *l. nominis C. de hereditate, vel actione vendita.* ex quibus infertur hunc procuratorem ſolum ab acture poſſe conſtitui, cum ceſſio actionis requiratur, non vero à reo, ſeu debitore, qui obligationem ſuam non poteſt in alium transferre invito creditore *l. ſi mandat. 45. §. item 2. mandat. l. debitorem 25. C. de pactis l. 2. C. de hereditate vel actione vendita.* niſi delegatio interceſſerit, hanc enim ex conſenſu creditoris debitoc mutuatur, quam cum novus paterfamilias obligatus in alium nequeat transferre, quæri non poteſt an procuratori ab eo facto in rem ſuam exceptio in quantum facere poteſt competat, cum eum filium conſtituere non poſſit, ſi verò debitorem delegaverit, ipſe exuitur obligatione *§. præterea inſtitutionum quibus modis tollitur obligatio.* delegato verò exceptio non competit, cum ex propria ſua perſona & obligatione conveniatur, ut ſtatim de fidejuſſore dicemus; textus verò qui loquuntur de procuratore in rem ſuam ut reo judicium ducto, & à quo aliquid exigitur, vel qui judicatum ſolvere cogetur, ut ſunt textus *in l. ſi actor. 29. dict. l. 62. de procuratoribus, dict. l. 4. de re judicata, cum pluribus aliis ſimilibus.* capiendi ſunt de eo, in quem jus aliquod univerſale fuit tranſlatum & in conſequentiam paſſivæ obligationes fuerunt transfuſæ veluti de emptore hæreditatis, qui utilibus actionibus experitur, & adverſus quem utiles actiones competunt vel alio ſimili; particulariter verò nullo modo poteſt debitor obligationem transferre.

Conſtat ex dictis, exceptionem in quantum 38
facere poteſt novo patrifamilias ex noſtro edicto competentem perſonalem eſſe, inde fluit ejus fidejuſſori non competere ex generali regula textus *in l. 7. de exceptionibus & in ſpecie* ab argumento probant textus *in l. etſi fidejuſſori de re judicata dict. l. 63. §. 1. pro ſocio*, licet interventori competat: ratio quia interventor, ut dixi ea actione condemnatus, qua ipſe novus paterfamilias eſſet condemnandus, at verò fidejuſſor convenitur, & condemnatur ex promiſſa ſtipulatione, & obligatione *l. 1. §. ſatis acceptio 2. de verb. oblig. l. Blanditius sibi C. de fidejuſſoribus*, non verò ex obligatione rei, pro quo fidejuſſor non convenitur, ſed ex propria, propriæ vero fidejuſſoris obligationi ex noſtro edicto exceptio inducta non eſt, ſed novi patrisfamilias obligationi, nec ex eo quod hæc exceptio competens ſemper ſui juris facto non competat ejus fidejuſſori infertur in duriorem cauſam obligari fidejuſſorem, quam reus ipſe ſit obligatus circa regulam textus *in l. grecè 8. §. illud. 7. de fidejuſſoribus. l. centum cap. 8. de eo quod certo loco §. fidejuſſores 5. inſt. de fidejuſſoribus*, nam licet ſolidum à fidejuſſore exigatur, non tamen ideo plus debere intelligitur quam novus paterfamilias pro quo fide juſſit, qui ſolidum etiam debet, ut notum eſt, & latius infra dicendum erit, & non ideo ſolidum ab eo non extorquetur, quod illud non debeat, ſed ex ratione, de quâ ſupra, & licet ſaltem in hac re durior ſit cauſâ fidejuſſoris, cum hoc eodem beneficio uti

nequeat,

nequent, adhuc tamen in duriorem cauſam non obligatur, quam novus paterfamilias cujus ſi cauſam, noo perſonam ſpectemus, eadem eſt causa, cum & ipſe in ſolidum obligetur; & ſi perſonæ ejus beneficium propriè tribuatur: ita eleganter ratiocinatur Donell. 27. *commentariorum ad tit. de re judicata in l.* 24.

39 Huic doctrinæ illud objicitur validiſſimum argumentum, inutilis omnino redditur exceptio competens patrifamilias ſi non accommodatur ejus fidejuſſori: ergo ei competere debet; antecedens probatur; fidejuſſor ſolidum ſolvens pro novo patrefamilias illud ab eo repetit per actionem mandati *l. ex mandato* 20. §. 1. *l. rogatus* 33. *mandati l. indebitum* 47. *de condisione indeb.* §. *ſi qaid autem fidejuſſor* 6. *inſt. de fidejuſſoribus*: ergo inutilis in effectu redditur exceptio competens novo patrifamilias ſi ejus fidejuſſori non competit, ac per conſequens ei debet competere, maximè cum nulla alia ratione exceptiones competentes reo principali accommodantur ejus fidejuſſori, quam propter rei perſonam, ne mandati judicio conveniantur, *l. quod dictum eſt* 32. *de pactis*, *l.* 9. §. *non ſolum* 3. *ad Macedonianum l. cum l.* 46. *de fidejuſſoribus* §. *tunc enim* 1. *de Repli.* Unde Juſtinianus *in l. ult. in fin. C. de uſuris rei judicata.* ſtatuit quadrimeſtres inducias, quas nova ſua conſtitutione indulſit condemnatis ſola humanitatis ratione ad fidejuſſores eorum extendi, ne alias [ait Imperator] legi derogetur, quia nullum beneficium haberet condemnatus, ſi fidejuſſor ille conſtitutus ante illud tempus indiciarum cogeretur ſolvere, cum enim ſi fidejuſſor ille adverſus eum expetiatur actione mandati, ſtatim pecunias perſolvere cogeretur, & compelleretur per mediam perſonam fidejuſſoris; difficultatem nondum ſolvet, qui reſponderit exceptionem hanc ideo fidejuſſori competere, quia perſonalis eſt, nam in eum non inſubtilitet tamen inſtabo, quin imo ex eo quod exceptio hæc ſit perſonalis debet fidejuſſori novi patrifamilias accommodari, aſſumptum probo ex eleganti textu *in l. ſi unus* 27. §. *ſi cum reo* 1. *de pactis verſiculo quod ſi ſit perſona*, quærit Paulus ſi reus ſine perſona ſua ſic pepigerit, ne à fidejuſſore petatur, utrum exceptio pacti proſit fidejuſſori; videbatur dicendum eſſe, ei non prodeſſe ea forti ratione, nam exceptio hæc non prodeſt reo, exceptio verò, quæ non competit reo, non poteſt fidejuſſori competere: hæc ratio indiget explicatione, ſi enim abſolute ſumatur, falsa eſt, nam ſemper contingit competere fidejuſſori exceptionem, quæ reo non competit, veluti ſi fidejuſſor paciſcatur, ne à ſe petatur, vel ſi ei fuerit à creditore relicta liberatio, *l. ſi quis reum* 5. §. 1 *l. ſi damna ut* 10. *delibe-rat. legata*, vel ſi tempore fuerit liberatus ut *in l. ſi fidejuſſor* 29. §. *ult. ff. mandati* 20. exponenda eſt, nullam exceptionem poteſt reus acquirere fidejuſſori ex pacto niſi prius eam ſibi acquirat, extraneo enim per liberam perſonam nihil poteſt acquiri *l.* 1. *l. per quas perſon. nobis acquiratur.* §. *ex his itaq. inſt. eodem tit* hac noſtra ratione non obſtante reſpondet Conſultus prodeſſe fidejuſſori, ne ſcilicet ab eo peteretur, cum tamen ea eo acquiritur exceptio fidejuſſori, ſolum ut reo conſulatur; ergo ex eo quod ſit perſonalis exceptio competens novo patrifamilias ſequitur vere competere ejus fidejuſſori, quia cum ei competit, non fidejuſſori, ſed reo potius conſuletur.

Quia ex hujus argumenti ſolutione tota 40 iſtius rei pendet cognitio, in ea immorari liber, Barthol. *in dict. l.* 63. *pro ſocio num.* 3. & cum eo omnes ferè antiquiores, quos refert & ſequitur Petrus Barboſa *in dict. l. maritum* 12. *ſoluto matrimonio ex num.* 83. reſpondit, quod licet hæc perſonalis exceptio competens reo non competat fidejuſſori, non tamen ex eo redditur inutilis, quin imo nullum patitur reus detrimentum, quia fidejuſſor conventus debet denuntiare reo principali, ut veniat ad ejus defenſionem, qui veniens ex propria perſona potuit opponere exceptionem perſonalem ſibi competentem, & ſic eam facit competere fidejuſſori, quod probant ex difficili textu *in l. idemque* 10. §. *generaliter* 12. *mandati*, ubi ait Ulpianus quod ſi fidejuſſor ſciens omiſit ea eptionem, qua reus uti potuit non habet actionem mandati, ſi modo habuit facultatem rei conveniendi, deſiderandique, ut ipſe ſuſcipere potius judicium vel ſuo, vel procuratorio nomine; ſic nunc textus exponendus eſt, Conſultus loquitur de exceptione perſonali; nam loquitur de exceptione qua reus uti potuit, quam ergo non potuit opponere fidejuſſor, inſtar rei fidejuſſorem realem exceptionem opponere poſſe, & docet fidejuſſorem denunciare reo, ut veniat ad ejus defenſionem; ergo licet exceptio perſonalis non competat ejus fidejuſſori, non tamen ex eo redditur inutilis, cum reus ipſe poſſit venire in ejus defenſionem, etſi nondum lis erat conteſtata cum fidejuſſore, petere in ſe transferre reum inſtantiam litis futuræ, ut ſecum ageretur litis nomine, licet tamen fidejuſſor non liberaretur; nam licet ſit in arbitrio creditoris (loquor de jure, quod viguit ante Conſtitutionem Juſtiniaoi, & beneficium executionis conceſſum in *nov.* 4. *de fidejuſſoribus.* §. 1. *authore præſente C. de fidejuſſoribus.*) reum principalem vel ejus fidejuſſorem convenire *l.* 2. *l.* 3. *l. jure noſtro* 5. *de fidejuſſoribus.* ita ut uno convento, liberetur alter, ut expreſsè ait Julius Paulus *lib.* 2. *ſententiarum tit.* 17. *in fin. l.* 2. *de duobus reis. l. devenit* 16. *de verborum obligatione*, docet latè Valent. *lib.* 1. *illuſtr. tract. cap.* 5. *per totum & cap.* 6. tamen hic licet transferatur judicium in reum, non liberatur fidejuſſor, quia id reus petet, ut ipſe conveniatur, non liberato fidejuſſore, argumento textus *in l. ſed ſi l.* 25. §. *item ſi rem diſtraxerit*, 17. *de hereditatis petitione.* ſi verò lis erat conteſtata cum fidejuſſore, non poterat hoc reus obtinere, quia jam fidejuſſor obligatus erat ratione inſtantiæ, à qua obligatione non potuit eximi invito creditore, ſed tanquam procurator in rem ſuam admittitur ad aſiſtendum fidejuſſori, & ad eum coadjuvandum, & tunc procuratoris nomine cum agitur, exceptionem perſonalem opponere poterit, & hanc eſſe ſententiam *dict. l.* 1. §. 12. *mand.* contendit Barth. ubi ſupra & ſic hunc textum videtur intellexiſſe Faber in rationali *ad l.* 29. §. *quadam* 4. *mandati circa finem.*

licet

licet in ejus rationali eum emendaverit.

41 Diſplicuit tamen ſolutio hæc Duareno *ad tit. de re judicata prælect.* 26. *ad dict. l.* 24. *&* Donello 27. *commentariorum in dict. l.* 24. qui his moventur rationibus, quia ex ea ſequitur eluſoriam eſſe diviſionem exceptionum, & differentias aſſignatas *in dict. l.* 7. *de exceptionibus.* cum in prædicta ſententia nulla eſſe poſſit exceptio competens reo principali, quæ ejus fidejuſſori non competat; deinde Ulpianus *in dict.* §. 12. non loquitur de exceptione perſonæ cohærente, nam ait imputari fidejuſſori, ſi ſciens, eâ uſus non fuerit, quod accipiendum eſt de exceptione reo cohærente, quomodo enim imputari poterit fidejuſſori, quod uſus non fuerit, exceptione perſonali, quia uti non potuit? addit Donellus hanc rationem: demus Ulpianum agere de exceptione perſonæ cohærente, fidejuſſor deſideravit, ut reus judicium ſuſcipiat, fidejuſſor manet obligatus, quia ſolidum, quod debet, nemo ſolvit; cogitur ergo ſolvere, & quod ſolverit, poſtea à reo actione mandati recuperabit ponamus reum ſuſcipere judicium procuratorio nomine ideſt nomine fidejuſſoris, licet cui non competit exceptio, quia procurator domini vicem ſubit, *l. ſed* 35. §. *defendere* 3. *de procuratoribus* ſicut ut ſupra diximus, ex contrario procuratori exceptionem rei perſonalem competere; ergo adhuc prædicta doctrina admiſſa, inutilis redditur exceptio, rei perſonæ cohærens, ſi fidejuſſori non datur; quid ergo vult Conſultus *in dict. l.* 10. §. 12. reſpondet Donellus loqui de exceptione cauſæ, ſeu rei cohærente, cum docet, quod ſi fidejuſſor conventus eam omiſerit ſciens, culpam committit, & proindè denegatur ei mandati actio, ſi modo facultatem habuerit rei conveniendi, ſi forte metuit, ne eam ſatis probare poſſit, ut exceptionis Jus oſtendat, vel deſiderandi, ut reus judicium ſuſciperet vel ſuo vel procuratorio nomine, ut ipſe, ut pote plenius inſtructus, exceptionem præbeat, loquitur de exceptione reali, nec antiquorum ſententia probatur *ex dict. l.* 25. §. 11. *de hæreditatis petitione.*

42 Rejectâ hac ſolutione Duardus ubi ſupra & Connanus. *tit.* 7. *commentariorum cap.* 13. *num.* 18. quos ſequutus Oſſualdus *lib.* 15. *cap.* 9. *l.* 10. reſpondet verum eſſe ſolidum in effectu præſtari à reo, ſi exceptio perſonalis non competit fidejuſſori ejus, ſed tamen creditorem id non exigere circa quem exceptio reo competit, ſed cum id putent in marito, ſic ratiocinantur: multum intereſt, an uxor ſolidum extorqueat, à marito, an verò fidejuſſor ſolidum, quod pro eo ſolvit, ab eo repetat, quod pro eo ſolvit, actione mandati, quia id non cedet, ſeu lædet ſtrictam actionem ejus, qui in integrum debitum exigit à fidejuſſore cum ejus mandato, vel juſſu id non faciat fidejuſſor, ſed propria actione, quam ex contractu cum reo habito ſibi quæſivit; ſed nec hæc ſolutio mihi placet, ratio enim qua nititur, ſi qua eſt, ſolum poteſt adaptari ad perſonas, quibus exceptio in id quod facere poſſunt competit ratione eis debitæ reverentiæ; non verò loquimur de exceptione in quantum facere poteſt competentem novo patrifamilias quæ nulla reverentiæ nititur ratione, ut dixi ſæpius.

43 Exiſtimo ergo ſeparandam eſſe cauſam exceptionis competentis novo patrifamilias à cæteris exceptionibus in quantum facere poſſunt aliis perſonis competentibus, & aſſero fidejuſſorem ſolidum ſolventem pro novo patrefamilias adverſus eum regreſſum in ſolidum habere, ſed quatenus ejus facultatem patiuntur, licet fidejuſſor ſolvens pro cæteris; quibus eadem competit exceptio in ſolidum adverſus eos poteſt actione mandari experiri, cujus diſcriminis ratio ea eſt, exceptio in quantum facere poteſt competit novo patrifamilias generaliter circa omnes creditores, cum quibus contraxit exiſtens in poteſtate, ut conſtat ex verbis noſtri edicti realis *in l.* 2. *hoc tit.* unde etiam gaudebit exceptione adversùs fidejuſſorem, ſi poſtquam ſolidum ſolvit cum eo experiatur, quippè cum fidejuſſor adversùs eum agit actione mandati producta ex contractu mandati cum filiofamilias geſto contra hanc actionem etiam ei competere debet exceptio, cum generalis ſit, ex quibus patet, quod cum fidejuſſor non ſit habiturus regreſſum in ſolidum adversùs novum patremfamilias ſed ſolum in id quod facere poteſt optimè ſtat exceptionem perſonalem fidejuſſori non competere, cum nec competat ei exceptio realis, quando contra principalem non poteſt habere regreſſum *dict. l. quod dictum* 32. *de pactis.* & quando fidejuſſor non habet mandati actionem, fortè quia donandi animu fidejuſſit *dict. l.* 31. *non gaudet exceptione l.* 24. *de re judicata* ſed hæc obtinent quando novus paterfamilias exiſtens in poteſtate dedit fidejuſſorem; ſi verò fidejuſſor fuit datus ab eo ſui jam juris facto, ſi pro eo ſolidum ſolverit, in ſolidum habet regreſſum; itaque hoc ſaltem caſu adhuc viget argumentum; ſed tum reſpondeo ex ſententia Donelli ubi ſupra verum eſſe hoc caſu reddi inanem exceptionem, ſed hoc iniquum non eſſe, quia hoc ipſo, quod fidejuſſor novo patrefamilias mandante ſolidum promiſit, ab eo remiſſa creditur exceptio, cum privilegio ſuo credatur renunciare, quod facere poteſt, nam etſi concederemus expreſſo pacto non poſſe exceptioni renunciare, ut fere omnes contendunt argumento *textus in l. alia* 14. §. 1. *ſoluto matrimonio.* (de quo textu nunc ſuſpendo judicium) poteſt contra argui argumento ducto *ex l.* 20. *de pactis juncto* §. *ult. legis antecedentis*, qua probatur, quod ratione pacti, quod tenet de peculio pater poteſt ſi velit litigare, quaſi defenſor filii: ergo pariter licet fidejuſſor ex ſua obligatione teneatur tamen poterit deſiderari, ut admittatur quaſi defenſor novi patrisfamilias quia utile id erit creditori, ut conſideranti patebit, quod ſecus eſt in fidejuſſore in noſtro caſu, ut conſtat rurſus expendetur textus *in l.* 63. §. 1. *pro ſocio*, ſed in hunc locum ſuperſedeo in ejus explicatione quia commodiori de eo diſputandum erit, tamen tacitè, indirectè, ſive obliquè poteſt ſine controverſia exceptionem renunciare, ut credo probari ex textu *ex l. nam & maritus* 9. *de conditione indeb.* argumento eorum quæ docet Cujacius. *lib.* 30. *quæſt. Papin. in l.* 12. *ad Falcidiam &* 8. *reſponſorum in l.* 77. §. *Titio* 31. *de legatis* 2. cum erat verò novus paterfamilias

Digitized by Google

familias qui fidejuſſorem dat, non expreſsè, nec directè, ſed tacitè, indirectè, obliquè exceptionem renunciare.

44 Nec obſtant jura in *antecedenti num.* expenſa non textus *in l. ult. §. 1. C. de uſuris rei judicatæ.* nam beneficium illud judicati, ut intra tempora judicati non inquietentur ideo eorum fidejuſſoribus competit, quia cauſæ magis quam perſonis beneficium præſtituitur, ut ait Modeſtinus *in l. tempus* 29. *de re judicata.* ubi ea ratione docet etiam tempus judicati indultum hæredibus eorum, cæteriſque, qui in eorum locum ſuccederent tribui, unde ſentire videtur etiam fidejuſſoribus judicati tempus concedi, quod mirum mihi ſupra modum videtur, quod licet non advertant interpretes, quia Juſtinianus *in dict.* §. 1. ait olim hoc beneficium denegatum fuiſſe judicatum fidejuſſoribus ſed ex ſua nova conſtitutione illis indultum, dicendum tamen etiam ultra interpretes veteres hoc beneficium miſtum eſſe, conceſſiſſe, ideſt, cauſæ, & perſonæ, ut indicant illa verba *dict. l.* 29. ibi quia cauſæ magis quam perſonæ hoc beneficium præſtituitur, ut ſtatim ad hæredes, & ad alios tranſeat ſucceſſores, quatenus cauſæ beneficium erat *dict. l.* 29. fidejuſſoribus verò non dari, quatenus perſonæ erat beneficium *dict. l. ult* §. 1. etiam diximus *num.* 30. beneficium reſtitutionis in integrum, quod mixtum etiam eſt, ad hæredes tranſire, quatenus cauſæ eſt, fidejuſſoribus verò non conceditur, quatenus perſonæ beneficium, Juſtinianum verò conſtituiſſe noviter, ut penitus beneficium temporis judicatis indultum reale eſſet, & non ſolum ſucceſſoribus ſed & fidejuſſoribus daretur; ſed hoc tentare eſt, non docere; nec obſtat *dict. l.* 27. §. 1. de pactis: nam reſpondeo pactum, de quo ibi, fidejuſſoris perſonæ prodeſſe, & ei exceptionem competere, non reo, quia fuit conceptum in perſona fidejuſſoris, contra quem ſi creditor experiatur, pacti exceptione ſubmovebitur & in ſententia liberabitur reus, non tamen ex eo præſumi exceptionem perſonalem, ad aliam tranſire perſonam.

45 Noviter opponuntur textus *in l.* 2. *C. de fidei. min. l. exceptiones* 7. § 1. *in fin. de exceptionibus.* in quibus reſtitutio in integrum competens minori dolo adverſarii circumſcripto, competit etiam ejus fidejuſſori cum tantum conſtet eſſe perſonalem, textus *in l. minor.* 51. *in principio de procuratoribus.* ubi reſtitutio in integrum competens minori alterius defenſori, competit ejus fidejuſſori; textus *in l.* 2. §. 1. *de adminiſtratione tutoris. l. ſi Pupillus* 89. *de acquirenda hæreditate.* ſi ex hæreditariis negotiis conveniatur, datur & ejus fidejuſſori: ergo pariter exceptio ex noſtro edicto deſcendens competit fidejuſſori novi patrisfamilias: Reſpondeo ideo *in dict. l.* 2. *& in dict. l.* 7. §. 1. reſtitutionem minoris prodeſſe ejus fidejuſſori; quia minor circumventus fuit dolo adverſarii, cui competit exceptio doli cauſæ cohærens, non perſonæ, quæ competeret in eadem cauſa omnibus, deceptis etiam majoribus *l.* 1. §. 1. *l. in teſtamento* 49. *de fidejuſſoribus.* competit etiam fidejuſſori minoris circumſcripti, cum non ideo, quod pro minore fidejuſſiſſet, ſit ei deneganda exceptio, quam haberet, ſi pro majore fidejuſſiſſet; at verò ſi minor deceptus ſit; non adverſarii calliditate, ſed ſui facultate, reſtitutio ei competens, ut pote perſonalis fidejuſſori non competit *dict. l.* 7 §. 1. *in fin.* ex ratione de qua ſupra *num.* 30. docent Barth. & antiqui *in l.* 89. *de acquirenda hæreditate.* qui omnes ratione prædicta nituntur, & quos ſequitur Accurſius, & ſequentia docet Barthol. ubi nuper *num.* 69. *&* 70. & ait, quod licet in caſibus horum jurium competat reſtitutio minori, & ejus fidejuſſori contra creditorem, tamen creditor damnum non patitur, habet enim efficacem actionem adverſus alium debitorem, & ſolutionem probant ab argumento *in dict. l.* 13. *de minoribus.* ubi ait Ulpianus non eſſe æquum fidejuſſori minoris ſubveniri in necem creditoris; ergo ſi creditor damnum non patiatur ut hic reſtitutio competat fidejuſſori; ſolutionem hanc rejiciunt Donellus & Faber ex eo. Nam licet creditor habeat actionem adverſus alium, adhuc poteſt creditor damnum pati, cum ſcilicet, impos ſit debitor, inanis enim eſt actio, quam inopia debitoris excludit, *l.* 6. *de dolo.* deinde in ſpecie *dict. l.* 89. evenire poteſt ut nullus alius ſit debitor, veluti ſi ita ſuſpecta vel damnoſa ſit hæreditas, ut nemo eam velit agnoſcere ut in ſpecie textus *in l. habere licere* 57. docuit; nec contrarium probat *dict. l.* 13. quia ibi ex abundanti ea ratio apponitur; ita quia Faber reſpondet quod in ſpeciebus allatis fidejuſſor intervenit pro minore, non tanquam minore, cum accipiatur ad majorem creditoris ſecuritatem propter metum reſtitutionis, & hæc ei denegatur reſtitutio, ſi verò accipiatur pro majore tanquam majore nullo habito reſpectu juris patris, ſeu reſtitutionis, ſed ſolius juris civilis, ei reſtitutio competit, & in his terminis diſcrimen hoc probat *ex l. ſtichum* 95. §. *quod vulgo* 3. *de ſol.* ubi ejus fidejuſſori deſunt ſine contemplatione juris Prætoris *& ex dict. l.* 13 *de minoribus. ubi ſi cum ſcirem minorem, & ei fidem non haberem, in fidejuſſoris pro eo, non eſt æquum ita.* & ex ſententia Julii Pauli *lib.* 1. *ſententiarum tit.* 9. §. *qui Sejus* 5. ubi ait, non ſuaſerit fidejuſſori minoris, quod Sejus eum eſſe minorem pro eo fidejuſſit; ergo ſi ignorans fidejuſſerit competit ei reſtitutio, *l.* 48. §. 1. *de fidejuſſoribus.* quod videtur placuiſſe Cujacio in dicto loco Pauli. Nec hæc ſolutio poteſt admitti, quia cum reſtitutio perſonalis ſit, non poteſt competere fidejuſſori, nec prædicti textus eam juvant, nam ſolum probant, quod fidejuſſor ignoraverit minorem eſſe eum, pro quo fidejuſſit, ei ſoccurendum eſſe, quod ita accipiendum eſt, ſi dolo creditoris ſcilicet, id factum ſit, alias ſibi imputet fidejuſſor, cur uſus non fuerit, & conditionem ejus pro quo fidejuſſit, non ſenſit; ratio verò ob quam competit reſtitutio fidejuſſori decepto eſt, quia citra reſtitutionis auxilium ei competeret exceptio doli. Quare his ſolutionibus rejectis reſpondeo cum Donello. ubi ſupra quod in prædictis legibus fidejuſſores intendunt pro minore non ſimpliciter, ſed ſub certæ perſonæ qualitate, qua uſa talis perſona eſt, quam exhibet beneficio reſtitutionis *in dict. l.* 51. fidejubent quidem pro minore, ſed pro

minore defuncto alienæ litis ratione, & quatenus hanc perſonam ſuſcipit, interpoſita judicatum ſolvi ſtipulatione *in l. 2. §. ult. & in l. 89.* fidejubent pro minore, quatenus hæres eſt, minor exhibet perſonam defenſoris, & hæredis ratio reſtitutionis in integrum. Unde provenit rectè fidejuſſori prodeſſe reſtitutionem licet ſit perſonalis, quia quaſi ſub conditione fidejuſſit pro minore, quatenus defenſor, vel hæres eſſet; conditio verò deficit, cum talis minor eſſe deſierit, ratio reſtitutionis, quod dici non poteſt, cum qui pro minore ex aliquo contractu fidejuſſit, quia non fidejubet pro eo ſub qualibet qualitate, ſed ſimpliciter, ſequitur ſolutionem hanc Pichard. *in §. fin. inſt. de replic. num.* 16.

46 Apparet ergo ex his exceptionem ex noſtro edicto nuper ſui juris facto competentem, quia perſonalis eſt, ejus fidejuſſori non competere, quod non ſolum verum eſt, cum rei, ſed etiam cum actioni fidejuſſor acceptus eſt, veluti ſi promiſerit, quod debetur à novo patrefamilias; utroque enim caſu in ſolidum excutiendos eſt abſque exceptionis auxilio *dict. l. 24. de re judicata.* ratio eſt quia ipſe reus ſolidum etiam debet, unde ſi fidejuſſor promittit, quod ipſe debet, ſolidum promittit, & indiſtinctè ſolidum ſolvit, quod poſtea à reo recuperat mandati judicio, nam licet fidejuſſor, qui omittit exceptionem dilatoriam, ſive ſit ſciens, ſive ignorans, ante diem nihil non petat *l. fidejuſſor 51. mandat. l. fidejuſſor 31. de fidejuſſoribus.* tamen id accipiendum eſt, de exceptione dilatoria fidejuſſori competente, qualis eſt exceptio pacti de non petendo intra certum tempus, non verò de exceptione perſonæ rei cohærente etſi dilatoria, quâ fidejuſſor uti non poteſt, qualis eſt exceptio inquaotum facere poteſt; non tamen omnino redditur inutilis exceptio novi patrisfamilias licet fidejuſſor non detur; quia licet ſolidum ſolvat, in effectu tamen ejus poteſt intereſſe, ut à fidejuſſore potius, quam à creditore inveniatur, ſive quod eo modo tardius urgetur ad ſolutionem ſolidi, quod non leve commodum eſt *§. ſi quis agens 33. inſt. de act. verſiculo tempore.* ſive quod fidejuſſoris regreſſum adverſus ſe minus vereatur, tanquam amici fortè mitiusque ſuum acturi, ut eleganter conſiderat Antonius Faber in ſimili ſpecie textus *in l. niſi hoc 22. de pactis in ejus rationali.* ex quibus putat pendere rationem ob quam creditor non poteſt recta via extorquere ſolidum à novo patrefamilias licet enim circuitus evitandi cauſa recta via ſæpe quis ſoleat conſequi quod ſolum inconſuetè ab aliquo conſequi poteſt *l. dominius 53. de conditione indebiti. l. cum dotem 57. ad l. Falcidiam.* tamen id verum eſt, qoando nullum debitori infert præjudicium. Ex eo quod evitetur circuitus ut horum jurium hypotheſi: at verò cum noſtro in caſu deterior fieret conditio novi patrisfamilias debitoris, ſi evitato circuitu recta via ab eo ſolidum extorqueretur, circuitus evitari non poteſt, ſed rectus ordo ſervatur, ut prios fidejuſſor ſolidum ſolvat, mox ipſe à novo patrefamilias quod pro eo ſolvit, repetat & hæc de hoc capite.

CAPUT SECUNDUM.

In quo quid hujus exceptionis beneficium contineat, diſquiritur, & de ejus viribus agitur.

EXpoſuimus, quibus exceptio ex noſtro 1 edicto deſcendens competat, nunc quid hoc beneficio contineatur videamus. Quod ut cognuſcatur ſciendum eſt, novum patremfamilias ex negotiis in poteſtate geſtis in ſolidum poſſe conveniri. Expreſſus textus *in l. pater 7. hoc tit.* quia ſolidum debet, ſed tamen non in ſolidum condemnatur, ſed in id ſolum, quod facere poteſt, *l. ſi. filiusfamilias 5. §. 1. hoc tit.* quod idem dicitur de cæteris exceptionibus, quibus ſimile indulgetur beneficium *dict. l. 12. l. ſi maritus 43. ſoluto matrimonio dict. l. 6. l. 18. l. 19. §. 1. cum l. ſequenti. l. 28. de re judicata. l. 137. de reg. juris.* Nec contrarium ſuadet textus *in l. 2. hoc tit.* ubi ſic ſe habent verba edicti *actionem cauſa cognita dabo in id quod facere poteſt.* ex quibus videtur dici novum patremfamilias ſulum conveniri poſſe in id quod facere poteſt, nam creditoribus hactenus ſulum datur actio. Conſtat verò hactenus aliquem à creditore poſſe cooveniri, quatenus in eum actio datur ex vulgari regula textus. *in l. ſi Pupillus 6. §. ult. de negotiis geſtis* circa quæ edicti verba hoc idem reſpondent Conſulti *in dict. l. 251. l. 4. in principio hoc tit. l. 16. l. 17. de re judicata*, & interpretes *in l. ejus rei. 2. l. ſi Ullis 9. C. hoc tit.* non inquam hæc omnia contrariom probant. Nam reſpondeo tam edicti verba, quam jurium ſententiam ita accipi debere, ut ſenſus ſit, novum patremfamilias effectivè ſolum poſſe conveniri in id quod facere poteſt, nam licet in ſolidum conveniatur, conventio ſolum illum effectum producit, quem parit condemnatio, quæ ſolum fit in id, quod facere poteſt, ſicut & effectu attento dicere ſolemus nihil intereſſe rei, an quis actionem non habeat, an per actionem infirmetur *l. 112. de reg. juris.* licet ſolidum petatur, novus paterfamilias oppoſita ex noſtro edicto exceptione, conſequitur, ut ſolum condemnetur in id, quod facere poteſt, quatenus autem facere quis poſſit, id in facto magis, quam in jure conſiſtit, ut de eo, quod intereſt, aiebat Paulus *in l. quatenus 24. de reg. juris.* perſonæ enim ratio habenda eſt, ne egeat, ejus qualitate, & dignitate inſpectis, alimenta ei ſunt relinquenda, quatenus ad victum ſufficiunt, ex quibus conſtat facere, ideſt, præſtare, quem poſſe intelligi id, quod ſupereſt, deductis alimentis neceſſariis, textus expreſſus *in l. qui bonis 6. de ceſſione bonorum. dict. l. 137.* nam ſi etiam naturaliter poſſet quis præſtare, facereque, quidquid in bonis habet, tamen uſu & conſuetudine, vel potius civili ratione is, & id præſtare poſſe creditur, qui commodè poteſt, *l. ſi.ius 15. de C. inſt. l. nepos proculo 125. de verb. ſignif.* qui verò ita poteſt, ut nihil poſtea relinquat, vel relictum habeat ad vitam neceſſarium, ſalva dignitate non poteſtate. Unde non poſſe facere dicitur, nu-

vo

vo itaque patriſamilias convento alimenta ſunt relinquenda circa ſuam qualitatem, cum ſolum condemnetur in id, quod facere poteſt.

2 Exiſtimant aliqui novum patremfamilias non poſſe alimenta deducere, ſed beneficium exceptionis ad id ei prodeſſe, ut ceſſionis injuriâ liberetur, moventur, ex eo, quod alimenta ſoli illi deducere poſſunt, quos actor alere tenetur donator, patronus & parens, ad quod afferunt *l. cum ex cauſa* 30. *de reg. juris.* ubi his tamen alimentorum deductis tribuitur & ex textu *in §. item ſi de lite 37. inſt. de act.* ubi maritus, quem uxor alere nun tenetur in ſolidum condemnatur, ſi ejus facultates concurrant dotis quantitati; verum eos falli conſtat ex generali regula. *dict. l.* 133. quam abſurdum eſſet reſtringi ad perſonas de quibus *in l. 19. de re judicata.* ut ipſi volunt, & exemplo ejus, qui bonis ceſſit, cui quotidiana alimenta relinquuntur *dict. l. 6. de ceſſione bonorum*, & ex eo etiam, quia alias non nullum eſſet beneficium, ut ait Donellus *ſub dict. lib. 27. in dict. l.* 16. quo fortius evincit ratio edicti, de qua *ſuperiori num.* nec obſtat *dict. l.* 3. tum quia exempla non reſtringunt tum per vim voculæ *Manumiſſi*, quæ denotat cæteris, qui gaudent exceptione ſimili idem beneficium tribui: nec obſtat *dict. §. item ſi de dote* 37. nam verba, *ſi dotis quantitati ejus facultates concurrant*, idem poſſunt quod illa, *quatenus facere poſſit.* facilitas enim à faciendo dicta eſt, ut ſit quaſi facilitas ad aliquid faciendum, ſed tamen non ita ampla alimenta novo patrifamilias ut cæteris eadem exceptione gaudentibus relinquenda ſunt; ac quando præſtantur officio judicis, & juris naturalis intuitu *in l. jure actionis ut in l. ſi quis à liberis 5. §. ſed ſi filius 7. & §. alimenta 19. §. alimentis legis 25. de agnoſc. lib. l. ſi qui 14. de ann. leg. leg. penult. de alimentis leg. cum ſimilibus*: quia ſolum miſerationis cauſa relinquentur pro mira & nuda neceſſitate, inſpecta tamen perſonæ dignitate, & attenta qualitate perſonarum ſimili paupertate oppreſſarum: unde hi, quibus exceptio hæc competit, ſi ex reditibus bonorum ſatisfacere creditoribus nequeunt, coguntur bona vendere, ut plus creditoribus ſolvant (excepto caſu *l. peto 69. §. prædium 1. de leg. 2.*) licet aliud dicendum ſit de his qui jure actionis debent alimenta argumento textus *in l. interpretes 50. ad Trebell.* docent Petrus Barboſa *in l. 12. ſoluto matrimonio ex num.* 8. *& ex pluribus* Donellus Salgado *in labirintho creditorum 1. parte cap. 24. ex num.* 12. qui plura ad praxim utiliter cumulant, ex quibus unum illud moneo ſcilicet, eum, cui exceptio datur, teneri bona oſtendere, ut ſi poſtquam ea oſtenderit, dicat creditor, eum plura bona habere, certum eſt ei incumbere onus probandi, quia in eo jus replicationis ſuccedit creditor, quam exceptionem vi ejus replicationis reſolvere nititur argumento *l. fin. C. de jur. delib.* ſecus erit ſi bona non oſtendat debitor, & dicat ſe ſolvere non poſſe, nam hæc ei incumbit probatio argumento textus ſic intelligendi *in l. cum de lege 17. dicta probat.*

3 Quæſitum eſt, an quod quis facere poſſit, æſtimandum ſit, prius deducto ære alieno, & certum eſt debitorem cum hanc exceptionem opponit creditori, æs alienum deducere non poſſe, ſi forte alios creditores habeat, licet per creditores hoc ei auferendum eſt, ut in terminis novi patrisfamilias reſpondet Paulus *in l. & exhæredatum 49. de regula juris*, & idem de cæteris eadem exceptione gaudentibus docent Conſulti *in l. 16. §. 49. eodem tit. ſed verum 63. §. id quod facere 5. pro ſocio. l. maritus 54. ſoluto matrimonio.* ſolus excipitur donator, cujus reſpectu æs alienum omne deducendum eſt, quod debet creditoribus ex cauſa oneroſa, & neceſſaria, licet circa eos forſan exceptionem habeat, in quantum facere poteſt, donatario enim pinguius ſuccurrendum eſt *dict. l. 49. de re judicata. cum ſequenti.* at non eſt deducendum, quod debet ex eadem cauſa aliis creditoribus lucrativa, ſcilicet, & liberali, *l. quo ex donatione 12. de donatione. dict. l. 19. §. 1. de re judicata.* ubi verbum illud *ex ſimili cauſa* accipiendum eſt pro eadem, ut rejecto Donello docet Oſſualdus *ad dict. lib. 27. cap. 9. duplici littera A.* & ſupponit dominus Retes *de donatione cap. 20. num.* 5. novus verò paterfamilias æs alienum non deducit, ſicuti nec alii ſimiles deducunt quia licet idem ſignificent bona & facultates, *l. cogi 16. ad Trebell.* bona verò cujuſcumque intelliguntur ea, quæ deducto ære alieno ſuperſunt, *l. ſubſignatum 39. §. bona 1. de verb. ſignif. l. mulier 27. de jure dotium cum vulgari.* nam ut ait Caſiodoros *lib. 7. variarum epiſtolarum epiſtola ult. quid prodeſt, ſi quiſpiam videtur idoneus, & fieri non poſſit, à contractis nexibus abſolutus: egenti ſimilis eſt, qui reddere nequit alienum, nec dici poteſt proprium, quod liberare dominum non videtur ad dictum*: tamen placuit his in æſtimatione facultatum æs alienum non deduci, quia deductio hæc fieri non poſſit ſine gravi injuria creditoris, cui opponitur exceptio, ei enim omnes alii creditores præferrentur, & in non privilegiari, ſi cum actionem ſuam in judicium deducit, æs alienum ex bonis rei deducatur, antequam ei ſatisfieret, maximo idcirco detrimento efficeretur, unde cum ex noſtro edicto ſola miſerationis ratione inopi debitori alimenta relinquantur, ſat ſufficere viſum eſt, damnum illud pati creditorem, ut ſolidum ſcilicet non extorqueant, qui in eo maximè prægravaretur, ſi omnes alii creditores ei præferrentur.

Infertur ex his, quod ſi creditor aliquis 4
experiatur, cum novo patrefamilias ſuper negotio cum eo geſto, cum erat alienæ poteſtatis, detrahi non debet, quod aliis debetur, ſed occupantis melior eſt conditio *l. ſed an hic 3. hoc tit.* auffert enim ſuum debitum præcipuum ante alios creditores; quod ſic viget generaliter inter plures creditores, quorum nullus privilegiarius eſt, ejus enim qui prius ſibi vigilavit occupantis melior eſt conditio. *l. quod autem 6. §. ſciendum 7. l. Pupillus* 29. quo in fraudem creditorum circa quod principium intelligendus eſt textus *in dict. l. 19. in principio de re judicata*, ubi aſſerit conſultus, quod inter eos, quibus ex eadem cauſa debetur occupantis melior eſt conditio; nec deducitur, quod ejuſdem conditionis hominibus debetur, quod non ita accipiendum eſt,

eſt, quaſi alterius conditionis creditores ſint, ideſt, hi qui ſolidum exigere poſſunt, deducendum ſit, quod eis debetur; id enim quam falsum eſſe jam conſtat, ſed ita ut ſenſus ſit, deducendum non eſſe, quod debetur aliis creditoribus non privilegiatis, ideſt, eejuſdem conditionis, ſed deducendum eſſe, quod debetur aliis creditoribus privilegio ſuffultis, qui hoc ipſo quod privilegiarii ſint, rectè alterius conditionis eſſe dicuntur, id quod ſibi velle Paulum ſequens denotat verſiculus, in quo docet quod ſi cum patre vel patrono agatur, non eſt deducendum æs alienum, maximè quod ejuſdem conditionis perſonis debetur, ut liberis & libertis, ubi licet Conſultus per perſonas ejuſdem conditionis intelligat creditores, quibus opponi poteſt exceptio, tamen adverſativa illa *ſed* indicat eum caſum mutare, & in principio loqui de creditoribus ſolidi exceptionem habentibus, cum verbum illud *Maxima* denotat non deduci adhuc à patrono, vel parente, quod debetur creditoribus, qui ſolidum exigere poſſunt: ſi verò creditores aliqui ſint privilegiarii, prætereundi ſunt, ſi tamen id petant, quod exigit Ulpianus *in dict. l. 3. hoc tit.* dum ait eos præferendos, ſi ad judicium veniant creditores privilegiarios referre, & prælationem inter eos exponere ad rem non pertinet, conſulendus Pichardus qui hanc rem plenè exornavit commentariis *ad l. privilegia 16. de bonis authoritate judicis poſſeſſis. poſt explicationem §. quadam inſt. de act.*

5 Nunc opus eſt immorari amplius in illuſtrando obſcuro ſanè textu *in dict. l. 3. hoc tit.* ubi ait Conſultus, quod ſi aliquis creditor privilegiarius venit, ejus ratio habenda eſt, notatu dignum eſt Juriſconſultum non dixiſſe deducendum eſſe, quod creditori privilegiario debetur, ut poſſit novus ille paterfamilias dum exceptionem opponit, deducere debitum illud, creditore non veniente ad judicium, at quia id deducere non poteſt, tam demum id deducetur, cum creditor ipſe privilegiarius ad id petendum ad judicium veniat, & tunc deductio hæc non fit à novo patrefamilias vi exceptionis in quantum facere poteſt, ſed à judice converſus, qui efficit, ut prius privilegiario creditori ſatisfiat, poſt verò ei, qui nullo fulcitur privilegio, quiſquis enim privilegium habet, hoc ipſo creditur occupaſſe, *l. ex facto 52. de peculio*; inter creditores verò privilegiarios etiam illi numerandi ſunt, qui cum novo patrefamilias jam ſui juris facto contraxerunt qui hoc ipſo privilegiarii ſunt reſpectu eorum, qui cum eo contraxerunt, dum erat in aliena poteſtate. ſicque capiendum eſt, quod ait Conſultus, ſcilicet ſi qui ſunt, qui cum eo contraxerint, poſtquam ſui juris factus eſt, horum eſt habenda ratio, ideſt, hi præferendi ſunt eis qui cum eo contraxerunt in poteſtate, ratio prælationis, ſeu privilegii cauſa eſt, quia hi cum eo contraxerunt, jam ſui juris facto intuiti ſunt patrimonium præſens, ad quod plenius percipiendum recolenda ſunt, quæ dixi *ſupra cap. 1. num.* 12. qui verò cum eo contraxerunt, antequam ſui juris fient, id intueri non poterant, cum tunc ſolum peculium poſſet trahere; accedit & illa æquitatis ratio, prælationem hanc ſuadens, nam creditores qui cum eo contraxerunt ſi is peculiatus erat, quod ſæpe accidit, patrem obligatum, habent actionem de peculio, quæ perpetua eſt, dumtaxat peculium, eo verò extincto annalis *l. 1. per tot. quando peculii annalis actio ſit.* at verò qui cum eo ſui juris facto contraxerunt, ſolum eum habent obligatum; unde merito dato reſpectu illorum privilegiarii ſunt, & ut talis jus prælationis habent, & eorum ratio habetur, ut debitum prius accipiant in concurſu, ſed tamen licet hæc doctrina vera ſit, videtur non convenire prædicto textui, nam Ulpianus ait, quod ſi quis privilegiarius venit, ejus ratio habenda eſt, & ſubjicit, quod ſi qui ſunt, qui cum eo ſui juris facto contraxerunt, eorum ratio habenda eſt; ergo ſentit eos, qui cum ſui juris facto contraxerunt, privilegiarios non eſſe, alias otioſus eſſet totus ille ultimus verſiculus; nam jam dictum erat, privilegiariorum creditorum habendam eſſe rationem: Reſpondeo non ideo otioſum eſſe & ſuperfluum finalem verſiculum, imo neceſſarium dixerat Conſultus, quod ſi ſciat, creditores, qui cum eo contraxerunt, cum eſſet alienæ poteſtatis, occupantis melior eſt conditio, niſi quis privilegiarius veniat, quia ex his creditoribus neceſſe eſt privilegiarios præferri, ſed contingens, ſi forte aliqua intercedit ſpecialis cauſa privilegii, ſed inter ipſos melior eſt occupantis conditio, niſi aliquis ſolus privilegium habeat, at ſubdit eorum, qui contraxerunt cum ſui juris facto habendam eſſe rationem, quia ſcilicet, hi erant privilegiarii reſpectu eorum, qui cum eo contraxerunt, dum erat in poteſtate; nec ratio aliqua ſpecialis exigitur ad id privilegium; itaque ſententia Ulpiani ea eſt, ut diſcrimen attendat inter creditores ex negotiis geſtis in poteſtate, & creditores ex negotiis contractis cum ſui juris facto, & aſſerit inter illos occupantis meliorem eſſe conditionem, hos verò ſi cum illis concurrant præferri, ex quo manet æs alienum non deduci licet privilegiariis creditoribus debeatur, ſic docet, licet non ſic explicet Donellus *ſub lib. 27. commentariorum in dict. l. 16. de re judicata.*

Redeamus ad creditores ex negotiis contractis in poteſtate inter quos diximus occupantis meliorem eſſe conditionem, & explicemus, qui occupare dicantur, & quidem non ſic occupare dicitur, qui prior occuparet litem, ſeu eam conteſtatur, ſed qui prius ad ſententiam pervenit, quod ſenſit proculdubio Paulus *in dict. l. 19. in principio de re judicata.* ubi poſtquam dixit, quod inter pares creditores occupantis melior eſt conditio, apponit exemplum in actione de peculio, non is dicitur occupare, qui per litem conteſtatur; ſed qui prior ad ſententiam pervenit *l. ſi verò 10. de peculio legato.* ergo idem dicendum eſt in reliquis actionibus, in quibus melior eſt conditio occupantis. Tandem probatur *in l. ſi quis à multis 10. de noxalibus actionibus.* ratio hujus doctrinæ ea eſt quia ſola litis conteſtatio ad exactionem non ſufficit; ſed preciſè ſententia requiritur, quæ dum profertur, non eſt æquum haberi rationem alterius creditoris, cur aliquid debetur, 6

tur, ſuper quò litem conteſtatos fuit, quia is in cujus favorem ſententia prolata eſt, debitum ſuum recuperat, quod preciſe ſolvere compellendus eſt debitor, nec dici poteſt ratione retrotractionis, quæ inducitur à tempore, ſententiæ præferendum eſſe eum qui prior litem conteſtatus eſt, licet poſterior ad ſententiam pervenerit, prior perveniſſe credatur, ad ea enim quæ ſunt facti fictiones non pertinent *l. 17. §. facti de capt.* unde nec is qui prior ad ſententiam pervenit, cautione aliqua onerandus eſt in favorem ejus, qui litem etiam conteſtatus eſt, licet aliud ſit in judiciis realibus tam particularibus, quam universalibus, in quibus ſi duo ſuper ejuſdem rei vindicatione, vel hæreditatis petitione litem conteſtati ſint, is qui prior venerit ad hoc, ut ei res reſtituatur, cavere tenetur alteri, ſe ei rem reſtituturum, ſi vixerit *l. is à quo fundus 57. de rei vindicatione. l. cum idem 57. de hæreditatis petitione.* quia implicat, ut duo ſint domini ejuſdem rei in ſolidum *l. 5. §. ſi duobus vehiculum 15. commodato l. hæredes l. quod contra rationem. l. 41. §. ubi duo de reg. juris.* quod non accidit in judiciis perſonalibus. Videndus Faber *in rationali l. 57. de rei vindicatione.* ideo occupantis melior ſolet eſſe conditio, ideſt, qui prius pervenit ad ſententiam: ſunt tamen caſus, in quibus occupari is dicitur, qui prius latè conteſtatus eſt; veluti ſi plures dentur in ſolidum procuratores, tunc qui ex eis prior litem conteſtatur, ſolus procurator eſt *l. pluribus 32. de procuratoribus.* quia per litis conteſtationem efficitur dominus litis *l. procuratoribus 12. cum l. 2. l. ex duobus C. de procurat.* duo verò in ſolidum litis domini eſſe non poſſunt, vel ſi duo, ſeu rei ſtipulandi *l. 2. l. ex duobus 16. de duobus reis*; nam ſolidum tamen in utraque obligatione vertitur *§. 1. inſt. eadem.* ex qua ratione idem procedit *in l. ſi quis ſtipulatus 57. §. 1. de ſolutione l. ſi ex pluribus 33. de legat. 1. l. 10. dict. l. 3.* quoad conventionem inſpicitur in jus vocatio *l. 7. de jud.* in cauſis civilibus, licet aliud ſit in criminalibus; textus ſic intelligendus *in l. qui autem 12. ſi quis caut.* ex ratione tradita à Fabro in rationali *dict. l. 7. de jud.* excipitur & actio tributoria, in qua non eſt melior occupantis conditio, *l. procuratoris 5. §. ult. cum l. nec enim 6. de tribut. actione.* ratio eſt, nam actio tributoria ad id potiſſimum comparata eſt, ut dominus quo ſciente ſervus in aliqua merce peculiari negotiatus eſt, cæteris creditoribus tamquam extraneus exequatur & ut ei auferatur privilegium deductionis, quod habet in actione de peculio, quare etiam hoc privilegium ei detur, quia præveniſſe alios, & occupare intelligatur, *l. 9. §. peculium 2. & §. præterea 4. & l. 52. de peculio.* ut ei hoc privilegium auferatur, neceſſum fuit, ita jus conſtitui, ut in actione tributoria occupantis melior conditio non ſit, alias implicaret ex delictis in æſtimationem facultatum æs alienum deducendum non eſſe.

7 Sed opponitur textus *in l. verum 63. §. ſi cum res 5. pro ſocio.* ubi proponit Ulpianus quod ſi cum tres ſocii eſſent, ſocius cum uno ex eis egerit, & partem ſuam integram ſit aſſequutus: deinde alius ſocius cum eodem agat, & partem integram conſequi non poſſit, quia ei opponitur exceptio, in quantum facere poteſt deberet partes communicare, ut utriuſque partes exæquentur; ergo in æſtimatione facultatum ejus qui ſolum condemnatur, in id quod facere poteſt, deducitur æs alienum, ſaltem quoad ejus conditionis hominibus debetur, & per conſequens novus paterfamilias conventus ex negotio geſto in poteſtate poterit deducere æs alienum, ſaltem quod debet cæteris creditoribus, cum quibus exiſtens in poteſtate contraxit. Reſpondeo ex hoc textu non colligi ſocium ab uno ex ſociis conventum deducere poſſe æs alienum, quod alteri ſocio debeat, ex eadem ſocietate, hæc enim deductio nulli reo conceditur, ut ſuperius duxi, ſed ſocium illum, qui poſterior egit actione pro ſocio, eadem actione poſſe agere adverſus eum, qui ſolidum accipit ad hoc ut inter eos partes communicentur, quod ſingulare eſt in judicio ſocietatis; quod exigit ſummam æqualitatem, inter ſocios eum ſit communis totius lucri & damni, *l. ſi unus 67. pro ſocio.* iniquum verò æs ſed ex eadem ſocietate alium plus, alium minus conſequi. Quare datur actio pro ſocio, ei qui partem ſuam integram conſequi non poteſt contra eum, qui partem integram conſequutus fuit, nec enim ex eo, quod unus prior egerit & occupaverit, poteſt deteriorem alterius ſocii facere conditionem, quam contractus æquitas jam fecerat parem, licet in hæredibus ſociorum aliud ſit *l. ult. C. de pactis.* hæc verò ratio non viget in creditoribus novi patrisfamilias inter quos nulla ratione induci poteſt æqualitas, ideo occupantis melior eſt conditio; ſolutionem hanc deſumpſi ex doctrina Antonii Fabri *in rationali dict. l. 63. §. 5.*

Deductis ergo alimentis, quidquid ex bonis novi patrisfamilias ſuperfuerit creditoribus ſolvendum eſt, id enim eſt, quod ille facere poteſt; ad quam æſtimationem inducendam tempus rei judicatæ ſpectatur, non quod litis conteſtatione facere poterat; itaque ſi exordio litis facere potuit, tempore verò rei judicatæ non poteſt facere, non eſt in ſolidum condemnandus, & è converſo, ſi tempore accepti judicii facere non poterat, tempore verò ſententiæ proferendæ ſolidom ſolvere poſſit, in id condemnandus eſt, & amplius infertur, quod ſi tempore rei judicatæ ſolvere poſſit, id ab eo extorquendum eſt, licet inter moras ſolvendo eſſe deſierit, nam ea temporis intercapedo, licet indirectè dilationem tribuat, non tamen ei lucrum debet afferre ut in re non diſſimili reſpondet Papinianus *in l. 3. de uſuris.* hujus doctrinæ ratio eſt ea, nam actio in ſolidum intenditur adverſus novum patremfamilias quæ tamen temperatur in id, quod facere poteſt, facta à judice ſuper hoc cognitione, qui preciſè eum debet condemnare, in quantum eo tempore facere potuit, cum tunc alimenta deducenda ſint, quod idem procedit in petitione hæreditatis *l. ſi hæreditatem 4. l. item 18. §. 2. de hæreditatis petitione*, contrarium jus obſervatur in ea negotiorum geſtorum actione, quæ competit adverſus pupillum, cujus negotia geſta ſunt in id, quod locupletior factus eſt, in quo inſpeximus tempus litis conteſtationis, 8

Digitized by Google

teſtationis, non rei judicatæ, *l. litis 37. de negotiis geſtis*, *l. in Pupillo 4. de exceptione l. in Pupillo 47. de ſolut.* quia non alias adverſus eum competit actio, quam ſi locupletior factus eſt *l. in principio commod. cum vulg.* quare tempus litis conteſtationis inſpiciendum eſt, aliàs ratio in eum non datur; ex ſimili ratione idem obſervatur *in l. quod autem 7. de donationibus inter virum & uxorem. & in l. quantum 20. quod metus cauſa*, ex quo fluit, quod ſi ad tempus litis conteſtatæ, novus paterfamilias ſolidum ſolvere non potuerit, & ob id in id quod facere poteſt fuerit idem nactus, ſi tamen inter moras actum facultatibus incœperit, ſolidum facere poſſet nova interpellatione, novoque judicio opus eſt creditori ad reſidui exactionem, nam prior condemnatio in ſolidum concepta non fuit; actor verò ſolum poteſt exigere judicati actione, quod in ſententia comprehenſum eſt, quare quod dicitur *in l. nomine maritus 8. C. ſoluto matrimonio.* maritum qui non ſolveret ſolidum poſtea idoneum factum reſidui ſolutionem non probabiliter recuſare; non ita intelligendum eſt, quaſi novo judicio ad reſidui exactionem opus non ſit, ſed potius quaſi novo reſiduum judicio exigi poſſit; quod probo ex eo quod Addunt interpretes quod cum hæredes mariti in ſolidum condemnentur; poteſt maritus cum ipſis experiri ad ſolidi exactionem de qua totus ſermo eſt apud Cæſares: ergo textus hic potius noſtram comprobat doctrinam, cum requirat uxorem experiri cum hæredibus mariti ad exactionem reſidui; quid enim eſt aliud experiri, quam litem inferre & actionem in judicium deducere; textus *in l. 5. in principio hoc tit.* qui huc ſpectare videntur, mox exponendi.

9 Agimus de hujus exceptionis viribus, quæ ut penitus dignoſcantur, ſciendum eſt, eam non eſſe peremptoriam & perpetuam; ſed dilatoriam & temporalem; perpetua & peremptoria illa exceptio dicitur, quæ controverſiam perimit, & perpetuo agenti obſtat; temporalis & dilatoria eſt, quæ ad tempus nocet, & temporis dilationem tribuit, *§. appellanti 8. cum ſeq. inſt. de except. l. 2. §. ult. l. 3. eodem tit.* Donell. *lib. 22. comment. cap. 2. & cap. 9.* atqui exceptio in quantum facere poteſt cauſam non perimit, ſed ſolum exactionem differt. *dict. l. 8. C. ſoluto matrimonio. dict. l. unic. §. cum autem 7. C. de rei uxoria actione.* donec reus ad meliorem pervenerit fortunam, ut in noſtro edicti textu docet Ulpianus *in l. ſed ſi ex parte 4. §. ſed non etiam temporis 4. hoc tit.* ubi ait temporis habendam eſſe rationem, ita ut novo patrifamilias poſt multos annos exceptio hæc dilatoria ſit, non verò peremptoria, ſed circa doctrinam hanc illud urget argumentum difficile, exceptio dilatoria apponi debet antè litem conteſtatam, quia judicium differt & ſuſpendit *l. exceptionem 19. C. de probat. l. ſi quis advocatus 12. l. ult. C. de except.* ad differentiam peremptoriam quæ poteſt opponi uſque ad ſententiam *l. peremptor. 2. C. ſententiam non reſcindi*, ſed exceptio in id quod facere poteſt, opponi poteſt adhuc poſt rem judicatam in ſententiæ executione, *l. Neſennius 41. §. in ſolidum ult. de re judicata*; ergo dilatoria dici non poteſt: Reſpondeo regulam illam quæ docet exceptionem dilatoriam opponendam eſſe ante litem conteſtatam locum habere in illa exceptione, quæ totum judicium ſuſpendit, & differt: hæc enim ideo præciſè opponenda eſt ante litem conteſtatam, quia judicii non incipiendi cauſa datur, non verò ſervatur in ea dilatoria exceptione, quam non integrum judicium ſuſpendit, ſed exactionem partis, cujus generis eſt exceptio in quantum facere poteſt, in qua cum tempore rei judicatæ debitoris facultates inſpiciantur, abſurdum eſſet ante litis conteſtationem opponi; unde licet ſit dilatoria opponi poteſt per litem conteſtatam imo & poſt rem judicatam in ſententiæ executione; ratio eſt, quia non impugnat ſententiam ſed ſolum ejus executionem moderatur, & illæ demum exceptiones opponi non poſſunt poſt rem judicatam, quæ eam impugnant ex ratione legis poſt rem judicatam *56. de re judicata.* hic verò quæ ſententiam non impugnant poſſunt opponi exceptiones, *l. tamen ſi non oppoſita 11. ad Maced.* junct. doctrina Fabri in ejus rationali, expreſſior textus *in l. cum militi 16 §. 5. de comp. l. 2. C. eodem l. ſi fidejuſſores 41. §. 1. de fidejuſſoribus* docet Pichardus *in Manud. ad praxim recepto 4. ex num. 25.* unde non ex eo probatur exceptionem, in quantum facere poteſt, non eſſe dilatoriam, plures enim prædicta regula patitur limitationes, ut probant nuper relata jura, ut oſtendit Oſſualdus *ad Donell. lib. 2. commentariorum cap. 8. littera L.*

Hæc ita procedunt, etſi novus paterfamilias exceptionem in quantum facere poteſt oppoſuerit in judicio, & in ſolidum fuerit condemnatus; nam ſententia hanc exceptionem non adimit argumento *l. 6. §. 1. de re judicata*, quod ſi eam oppoſuerit, & judex nihilominus poſt ejus examinationem eum in ſolidum condemnavit, non poteſt in executione eam opponere argumento textus *in l. eo tempore 50. in fine principii de peculio.* quia exceptio à judice reprobatur, quaſi vera non ſit, poſtquam ſit examinata, non poteſt in judicium revocari *l. duobus 19. de exceptione rei judicata* ut de exceptione compenſationis, quæ etiam opponi poteſt, in executione dicitur, *in l. ſi autem 8. §. ſi quocumque 10. de negotiis geſtis. l. quod in diem 7. §. 1. de comp.* ratio eſt quia oppoſitio exceptionis jam à judice reprobatæ rem judicatam impugnaret, ad hanc partem ſpectat textus *in l. cum qui 30. §. ſi mulier 2. de jurejur.* ubi ait Paulus quod ſi mulier deficiente marito juraverit, *dotem detis ſibi debere* tota ei ſumma præſtanda eſt, quin opponi poſſit exceptio, quia hæc jurisjurandi religionem impugnaret; ſi verò exceptio in quantum facere poteſt, in judicio oppoſita fuerit, & judex juris ignorantia lapſus, ejus ratione non habita, ideſt, abſque ejus examinatione novum patremfamilias in ſolidum condemnaverit, poterit is exceptionem opponere in executione proteſtatus; ſic intelligendus *in l. ex diverſo 17. §. ſi in judicio ult. ſoluto matrimonio*, quia ſententia judicis ad exceptionem non extenditur nec per eam per conſequens impugnatur, quod idem dicitur de exceptione compenſationis *in dict. l. 7. §. 1. de comp.* docet Donellus *ſub dict. lib. 27. commentariorum in dict.* 10

dict. l. 41. §. ult. in fin. de re judicata & in effectu, idem ex antiquioribus tenet Petrus Barboſa *in dict. l. 12. ſoluto matrimonio ex num.* 18. jam ergo facilè ex his exponendus eſt textus alioquin difficilis *in l. ſi filiusfamilias 5. quod cum eo*, ubi ſi filiusfamilias vivo parte, conventus & condemnatus fuerit, in eum poſtea emancipatum, vel exhæredatum judicati actio datur in id, quod facere poteſt, cujus deciſionis ratio pendet ex eo, quod diximus, ſcilicet, exceptionem hanc opponi poſſe poſt rem judicatam in executione ſententiæ, & etiam ex eo, quia exceptio hæc ex nova cauſa ſupervenit argumento textus *in l. 9. l. ſi rem meam 17. de exceptione rei judicatæ.* accedit & publica utilitas ob quam exceptio hæc inducta eſt quæ in hoc etiam caſu viget; licet aliqua privilegia ſupervenientia negotium rectè factum perimere non ſoleant *l. 2. §. numerum* 8. *l. non tantum* 17. §. *jam 5. de excuſatione tutoris cum finalib.*

11 Verum adhuc exceptionem in quantum facere poteſt, dilatoriam non eſſe, ea videtur probari ratione; quoties reo competit exceptio dilatoria, veluti ſi pactus fuerit, ne à ſe intra certum tempus petatur, ſi verò actor ante tempus agebat cauſæ amiſſione mulctabatur §. *ſi quis agens 33. inſt. de actione.* atqui ſolidum petens à novo patrefamilias nulla pœna plectitur, cum tum petat, ut ſupra dixi; id verò quod jure fit, nullam pœnam mereatur, *l. grachus C. ad h. tit. de adulteriis*: ergo exceptio in quantum facere poteſt competens patrifamilias dilatoria non eſt; reſpondendum eſt quod licet exceptio hæc dilatoria ſit, tamen maximè differt ab exceptione, quæ dimanat ex pacto de non petendo intra certum tempus, quoties pactum hoc modo ſit, creditor ante tempus petens merito plectitur; quia hoc ipſo fidem quam in paciſcendo debitore adhibuit, rumpit & frangit cum pactum omne rerum exigat conſenſum, vulg. textus *in l. 1. in principio 6. §. 2. de pactis.* at verò cum adverſùs creditorem exceptio in quantum facere poteſt ex humanitate debitori indulgetur, nullam fidem creditor frangit, ſi ſolidum petat, cum id ei ex contractu & obligatione debeatur; nec de eo non exigendo pactus fuerit, quare cauſæ amiſſione mulctatur, in exceptione verò quam competit ex pacto intra certum tempus non petendo, nihil aliud deſideratur, quam ut conſtet pactum, quod notum præciſè eſt creditori, cum ejus voluntate perfectum fuerit, ideo merito mulctatur, ſi ante agat, exceptio verò in quantum facere poteſt non alias datur, quam cauſæ præhabita cognitione, in qua multa vertuntur quæ ſequenti capite declarabimus, hæc verò non præciſè nota eſſe debent creditori, qui non tenetur ſcire, quantum ſit in debitoris facultatibus, nec ſi ſciret adhuc patitur pœnam aliquam ob ſolidi petitionem; quia poteſt etiam exceptio à judice reprobari, denique cum hæc exceptio, ſola miſerationis ratione competat novo patrifamilias, æquitas ſuadet, ut non ita ingens detrimentum inferat creditori.

12 Ex dictis infertur, quod ſi novus paterfamilias ſolidum ſolverit per errorem, cum id non eſſet in ejus facultatibus, non competit ei ad id repetendum indebiti conditio, ut de marito integram dotem per errorem ſolvente; decidit Conſultus *in l. nam & maritus 9. de conditione indebiti*; quia cum hæc exceptio qua novus paterfamilias tutus eſt, ſit temporalis & dilatoria impeditur conditio ex juris regula quæ docet tutum exceptione dilatoria per errorem ſolventem repetere non poſſe *l. in diem 10. de conditione indebiti.* ejus ea eſt ratio, quia debitum naturaliter, & civiliter ſolvit, cujus nulla repetitio, ſeu conditio competit, ſed rationem convincere contendunt antiqui nonnulli, quos ſequuntur Petrus Barboſa *in dict. l. 12. ſoluto matrimonio num. 34.* Antonius Faber *in rationali ad l. 8. de conditione indebiti*; nam dubium eſt, utrum novus paterfamilias ſit ad meliorem fortunam perventurus, quod exigitur ad ſolidi exactionem *in dict. l. unic. §. 7. C. de rei uxoriæ actione*, ſed quoties exceptio ambigua eſt, an futura ſit temporalis, vel perpetua, ea tutus per errorem ſolvens repetit *l. ſufficit 56. de conditione indebiti* ubi ſi quis paciſcatur, ne conveniatur, donec Titius conſul fiat, & interim ſolvat, repetere poteſt, non alia ratione, quam quod exceptio hæc perpetua eſſe poteſt, Titio decedente, antequam ineat conſulatum: ergo cum exceptio competens novo patrifamilias ambigua ſit, quia poteſt etiam perpetua effici, eo decedente, antequam perveniat ad meliorem fortunam, vel ante tranſactum tempus de quo *in l. 4. §. 4. hoc tit.* ei ſolidum per errorem ſolventi debet competere actio. Cui difficultati duplici via ſatisfaciam; primo dico exceptionem, in quantum facere poteſt, non eſſe ambiguam, ſed tantum dilatoriam, ea exceptio ambigua eſt, quæ poteſt eſſe peremptoria, *ut in dict. l. 56.* hæc exceptio nunquam poteſt effici peremptoria, nam licet decedat novus paterfamilias & ante dictum tempus ad meliorem fortunam pervenerit, ejus tantum hæres, quicumque ſit, ſolidum ſolvere cogitur, cum ei exceptio non detur ex jam dictis: ergo ſolum eſt dilatoria: ſi replices poſſe venire hæredem ſolvendo non eſſe, reponam falſum eſſe, exceptionem ex eo effici peremptoriam, cum extincta jam fuerit; deinde reſpondeo multum intereſſe, an exactio deferatur in tempus, quo aliquid factum eſt, an verò ipſa obligationis ſubſtantia in id tempus conferatur *l. Julianus 20. de jur. dot.* quoties obligationis ſubſtantia conferatur in aliquod tempus, ſi debitor ante ſolvat, repetit, *ut in dict. l. 56.* in qua licet non ipſo jure, ſaltem ope exceptionis damnantis ex pacto collata fuit ſubſtantia obligationis, donec Titius ineat conſulatum, ut docet ibi Cujacius *lib. 8. quæſtion. Pap.* & Antonius Faber *in rationali*; at quoties exactio in aliquod tempus licet incertum confertur, ut in exceptione de qua loquimur, ſi debitor ſolvat, non repetit, cum vere debitum ſolverit; quin imo licet obligatio conferatur in diem aliquem incertum omnino extiturum debitori ſolventi non competit conditio, *l. nam ſi cum moriar 17. de conditione indebiti.* unde nec novo patrifamilias ſocium ſolventi repetitio competit; quia ſola exactio dilata eſt, non obligatio, & licet collata eſſet obligatio in tempus incertum, præciſe erat extiturum.

Nec

Digitized by Google

13 Nec ſolum novo patrifamilias ſolidum ſolventi non competit repetitio, quando ſolvit ante ſententiam, ſed etſi jam ſententia condemnatus in id, quod facere poteſt, ſolidum ſolverit; quia condemnatio in id, quod facere poteſt non extinguit naturalem obligationem, & civilem reſidui ſolvendi, quâ adſtante, nulli datur conditio, quæ doctrina corruere videtur ex ſequentibus, quæ pro rationibus dubitandi affert Petrus Barboſa ubi nuper *num.* 36. debitor, cui competit exceptio compenſationis ſi per errorem ſolvit, non repetit, *l. qui invicem* 30. *de conditione indebiti.* & tamen ſi poſt ſententiam admittentem compenſationem ſolvat, repetere poteſt *l. quod dicetur* 5. §. *ſi dos* 2. *de impenſis in res dotales factis.* ergo idem de noſtra exceptione dicendum eſt, ambigua eſt hæc ratio, dubitandi tanto Juriſconſulto minor ſaoè doctiſſimum virum principium illud mediocriter in juris prudentia verſatis cognitum ignoraſſe, quo docemur debitorem tutum exceptione compenſationis pee errorem ſolventem repetere poſſe *l. ſi ambo* 10. §. *ſi quis igitur* 1. *de compenſatione*, cum decipit *dict. l.* 30. *de condictione indebiti*, in quantum loquitur Conſultus de eo debitore, qui opponere nequit exceptionem compenſationis, ut ex ipſa littera conſtat, quare hac objectione ut frivola omiſſa ad ſequentem redeamus, ſic ſe habet, fidejuſſor tutus exceptione ei cumpetente ex epiſtola divi Adriani ad hoc ut ſolum cogatur ſolvere partem, cum plures ſidejuſſores accepti ſunt, §. *ſi plures inſt. de fidejuſſoribus.* ſolidum per errorem ſolvat, repetere non poteſt *l. ſi teſtamento* 49. §. 1. *verſiculo quod ſi duo de fidejuſſoribus.* & tamen ſi ſolvat poſt oppoſitam exceptionem, poſt litem conteſtatam vel poſt ſententiam ei competit partis repetitio argumento textus *in l. inter eos* 51. § *cum inter fidejuſſores* 4. *de fidejuſſoribus.* ergo pariter licet novo patrifamilias non detur repetitio, ſi ſolidum per errorem ſolverit, tamen poterit condicere, ſi ſolverit poſt ſententiam oppoſitam exceptione augetur paritas ex eo, quia ſicut exceptio epiſtolæ ad partem debiti non ſolvendam competit, ſic & exceptio in quantum facere poteſt. Sed rectè reſpondet ipſe Barboſa *ubi ſupra num.* 37. maximum eſſe inter has exceptiones diſcrimen, cum plures ſunt fidejuſſores, ſinguli in ſolidum tenentur, §. *ſi plures* 4. *inſt. de fidejuſſoribus.* inde ſi ex eis unus ſolidum ſolverit, per errorem repetere non poteſt, quia debitum ſolvit *dict. l.* 49. §. 1. ſed tamen ex epiſtola divi Adriani oppoſita exceptione, quilibet fidejuſſor tantum tenetue pro parte virili: Unde ſi poſt oppoſitam hanc exceptionem ex fidejuſſoribus aliquis ſolverit pee errorem, ſolidum repetere poteſt pro parte confidejuſſoe, cum eam omnino noo debebat quia nec ab eo poſſit exigi; etſi cæteri poſt litem conteſtatam ſolvendo eſſe deſieriot, *dict. l.* 31. §. 4. at vero novus paterfamilias ſolidum ſemper debet adhuc poſt litis conteſtationem, quia licet ſolum condemnetur in id quod facere poteſt, ſententia ſolum moderatur, & temperat executionem, & reſiduum in debitum non facit, ſed ejus ſolum differt exactionem; ideo quocumque tempore ſolidum ſolvat, ei repetitio denegatur, quia debitum ſolvit, ille adhuc manet nunc ſcrupulus, quod ſi is cui competit exceptio, in quantum facere poteſt, conſtituat, ſi ſolutuum pluſquam facere poteſt; licet in ſolidum teneatur, quia debitum conſtituit, tamen ſolum condemnatur in id quod facere poteſt *l. quod ſi maritum* 7. *de conſtit. pecun.* atqui conſtitutum loco ſolutionis habetur *l.* 1. §. *an poteſt* 5. *eodem tit.* & ideo is cui conſtituitur, habetur loco ejus cui jam ſolutum eſt, *l. idem eſt* 10. *eodem tit.* ergo pariter licet is cui competit hæc exceptio ſolvat pluſquam facere poteſt, ei debet concedi repetitio. In hac difficultate diſſolveoda hic non immoror, pendet enim ejus ſolutio ex his quæ ſequenti capite diſputabimus, cum agemus de novo patrefamilias conſtituente quod debet ex negotio in poteſtate geſto, ex quibus manet hanc exceptionem temporalem eſſe, & dilatoriam; & ejus vires ſunt pro viribus noſtris demonſtratæ, & quidem noſtrum hoc caput abſolutum.

CAPUT TERTIUM.

In quo circa qua cauſa cognitio, quam noſtrum exigit edictum, verſatur, & inveſtigatur, caſuſque omnes quibus exceptio hec novo patrifamilias denega nr, exponnntur.

Ait prætor, ſe daturum actionem in novum patremfamilias in id quod facere poteſt, cauſa tamen cognita, ut conſtat ex verbia edicti, quæ jacent *in l.* 1. *hoc tit.* quia cum ex humanitate; & æquitate hæc ei concedatur exceptio, præciſe cauſæ eſt damandanda cognitio, ut cum æquitas ſuggerat, exceptioni ſit locus, cum verò æquitatis ratio deficit, deficiat & ipſum beneficium, de qua re in toto hoc noſtro capite, totus futurus eſt ſermo ad integrum hujus tractatus complementum præmittendum judico cauſam cognoſcendam eſſe in jure, ideſt, coram prætore, ſi in judicio non eſt, coram judice dato, qui dicitur Pedaneus, ut ſuadet generalis regula textus *in l. ubicumque de regul. juris*, quod ubicumque cauſæ cognitio eſt, prætor deſideratur; ratio eſt quia omnia quæ cauſæ cognitionem deſiderant, non poſſunt expediri per libellum, ſive de plano, ſed per decretum, & per conſequens pro tribunali *l. omnia* 71. *de regul. juris l. excuſare* 25. *de excuſatione tutoris de cujus conciliatione cum l. ſcire* 13. §. *oportet* 10. *eodem tit.* videndi Cujac. *in l.* 71. *de regul. juris.* Covarruv. 3. *comment. cap.* 9. *l.* 3. §. *ſi cauſa* 8. *de bonorum poſſeſſione. l.* 9. §. *ubi decretum* 1. *de officio proconſulis.* Unde cum judex datus, ſeu pedaneus tribunal non habear ut pote carens jurisdictione *l.* 15. *in principio de re judicata.* cognoſci coram illo non poteſt ſed coram prætore, vel aliis magiſtratibus tribunal, vel jurisdictionem habentibus, vel his, quibus jurisdictionem ſuam mandaverint, qui eorum vice funguntur, & juriſdictionem habent, itemque tribunal *l.* 5. *de juriſdictione omn. judic. l.* 1. §. 1. *quis à quo appelletur.* inter quos & judices datos inſigne vertitur diſcrimen, ut conſtat ex dictis, & docet latè Cujacius *lib.* 1. *qq. Pap. in l.* 5. *de officio Proconſulis.* ex hac doctrina, quam nullus

lus ex his, quos viderim ad rem hucuſque notavit veniunt facilè refellendi Duarenus *in l. 16.* & noſter Pichuidus *in man. ad praxim 1. parte precepto 9. num. 12. cum 3. ſequentibus.* qui exiſtimant à prætore datam exceptionem ad inſtantiam, ne in formula, quam præſcribebat actori, & judicem datum in exceptione, in quantum facere potuiſſe. Falluntur enim, cum hujus exceptionis cognitio pro tribunali ſit expedienda, cujus ſunt dati judices expertes, in reliquis verò exceptionibus, quæ cauſæ cognitionem non deſiderant poſſunt de plano, ſeu per libellum exponi, veram agnoſco horum interpretum doctrinam; quando ergo in ſuperioribus ſæpius dixi de exceptione, in quantum facere poteſt, vel in ejus cauſa à judice experienda ſeu cognoſcenda, cave ne de judice dato, vel cæteris magiſtratibus tribunal non habentibus, intelligas, ſed de judicibus competentibus quales ſoli habentur in hac re tribunal habentes.

2 Multa in hujus cauſæ cognitione vertuntur, quæ ſigillatim perpendenda ſunt, illud primum inſpiciendum eſt, an negotium, cujus nomine paterfamilias convenitur, in poteſtate geſtum fuerit, conſtat enim ei exceptionem denegari, cum convenitur ex negotiis, quæ jam ſui juris factus gerit ex ratione de qua ſupra, quod verbis edicti nominatim expreſſum eſt & in terminis mariti probat textus *in l. divortio 55. de negotiis geſtis* ſic intelligendus cum Fabro in ejus rationali & Petro Barboſa *in l. 12. ſoluto matrimonio ex num. 90.* expreſſa ſententia antiquorum eſt, & Pichardi *in manud. ad praxim dict. 2. parte precepto. 9. num. 56. & argumento in l. 3. C. de bonis autoritate judicis poſſidendis in §. ult. num. 42. & ſequentibus.* in illud incidimus dubium; an ſi competat exceptio novo patrifamilias qui jam ſui juris factus promiſit, quod debebat ex negotio in poteſtate geſto; & quidem commiſſis, quæ in hac re docuerunt antiquiores, & ex eorum ſententia Barboſa *in dict. l. 17. ex num. 38.* ut quæſtionis reſolutio patefiat, ſciendum eſt, ſtipulationem regulariter interponi ad confirmandam præcedentem obligationem, & tunc indiſtinctè ejus qualitates & naturam aſſumunt. Aliquando verò fieri animo novandi priorem obligationem, ita ut ea ſublata, ea moriatur obligatio *l. 1. de novat. §. praeterea inſt. quibus modis tollitur obligatio*, & tunc extingui prioris obligationis qualitates, pignora ſcilicet uſuras & pœna *l. ſi creditor 15. l. novatione 18. l. emptor 27. de novatione*, & privilegia priori actioni inhærentia, *l. ſi Pupillus 9. de novatione l. aliam 29. eodem tit.* ubi verba illa, *ſi id ſpecialiter actum eſt*, ſaltem per conjecturas, ut docent interpretes *in dict. §. praeterea.* hujus doctrinæ ratio eſt, quia obligatione aliqua extincta, & ejus qualitates extingui neceſſe eſt, cum ex ea pendeant, & ejus acceſſiones ſint *ex regula l. 1. de peculio cum vulgari.* nec in ſtipulatione novante poſſunt intelligi repetitæ, cum in ſtipulationem, utpotè ſtricti juris contractum id ſolum veniat, quod verbis contrahentium nominatim expreſſum eſt *l. quidquid adſtringendum de verborum obligatione l. is ſtipulatus 44. de fidejuſſoribus.* hæc de privilegiis actioni cohærentibus, ideſt, quæ actioni competunt, rectè dicuntur, de his enim prædicti textus loquuntur, contrarium verò dicendum eſt de privilegiis, ſeu exceptionibus reo competentibus, quæ per novationem non extinguntur, niſi id ſpecialiter diſtinctum ſit, ut probant textus *in l. qui ſic ſtipulatur 47. de verborum obligatione. l. in diem 5. l. ſi ſtichum 8. §. 1. de novatione.* in qua debitor tutus exceptione dilatoria novandi animo promittens non amittit exceptionem, quia non eſt veriſimile, debitorem plus promiſiſſe ſtipulante novante, quam priſtina actione præſtare cogeretur, ut de venditore, qui novandi animo rem venditam dare promiſit, ait Papinianus *in l. ſi ſtipulatus 4. de uſuris.* Cui congruit textus *in l. 3. §. ſi emptor: de act. empti.* itaque qualitates debitoris commodum continentes, repetitæ creduntur in ſtipulatione novandi animo interpoſita, quia licet in ſtipulationem id ſolum venire ſoleat, quod expreſſum eſt, tamen id intelligendum eſt de eo, quod tendit in favorem ſtipulantis, non de eo quod pertinet ad commodum promiſſoris, diſcrimen hoc ſuadet natura ſtipulationis, quæ cum ſit ſtricti juris contractus, non recipit interpretationem quia cum promiſſor ſolum obligetur; ratio æquitatis non patitur, ut circa eum fiat interpretatio, in favorem ſtipulantis, quia ſi hæc intelligerentur repetitæ, quin in ſtipulatione exprimerentur, admitteret contractus hic interpretationem circa promiſſorem in favorem ſtipulantis; quod ejus naturæ repugnat; & è contrario hinc elicitur, perſeverare qualitates debitoris utilitatem continentes, quia non creditur debitorem plus promittere, quam debeat; nec interpretatio hæc repugnat naturæ ſtipulationis, fit enim in favorem promiſſoris; & ideo plus extenſio hæc quadrat hujus actus naturæ, quæ ideo cauſa eſt, ut ſuccurratur promiſſori non ſtipulanti, ut indicant, ſi inter ſe conferantur textus *in l. an inutilis 8. de exceptione cum l. 1. §. eum qui 4. de conſtituenda pecunia.* tradit differentiam hanc Bartholus *in dict. l. 29. de novatione.* licet ejus non præſtat rationem.

Eam tamen convellere videtur textus *in l. quaeſitum 17. verſiculo quare de rebus athoritate judicis poſſeſſis.* aliàs *l. 2. de privilegiis creditorum.* ubi ait Ulpianus quod ſi impenſa funeris in ſtipulationem deducatur, locus eſt privilegio, ſi modo quis non objiciendi privilegii cauſa ſtipulatus eſt; ergo ſentit privilegia actioni inhærentia in actoris favorem novatione facta, non extingui, niſi contrarium actum ſit; textus etiam *in l. ſi dari 17. de verborum obligatione.* uti docet Pomponius quod ſi quis ſtipuletur, quod jam ſibi ex ſtipulatu debebatur, cum prioris ſtipulationis nomine tutus erat promiſſor, extinguitur exceptio: ergo qualitates primæ obligationis debitoris favorem reſpicientes extinguuntur novatione facta, nec repetitæ creduntur in ſtipulatione novante, *ad l. 17.* dupliciter Reſpondeo; primo ſententiam Ulpiani eſſe hanc, ut ſi impenſa funeris in ſtipulationem deducatur privilegium daret, ſi ſtipulatio adhibita ſit ſolum ad confirmandam funerariam obligationem, extinguitur verò ſi ſtipulatio facta fuit novandi animo, quia tunc fit ſtipulatio animo amittendi privilegii. Unde rectè docet 3

privilegio locum eſſe, niſi ſtipulatio facta fuerit animo amittendi privilegii, qui animus tunc creditur adeſſe, cum novandi auimo fit ſtipulatio. Secundo & ſubtilius Reſpondeo ſingulare eſſe illud in funeris impenſa, ut ejus duret privilegium, adhuc novatione facta: cujus ſingularitatis rationem reddo rectè juriſprudentiæ regulis conſonam, & his quæ diximus couſequentem, quam deduco *ex eadem l. 17.* ubi docemur locum eſſe privilegio funeris impenſæ de quo *in l. impenſa de relig. & ſumpt. funer.* quacumque actione petatur non ſolum funeraria, ſed alia quacumque: ergo cum privilegium hoc non inſit præcisè funerariæ actioni, ſed generaliter omni illi per quam funeris impenſa exigitur, & ſumptus funeris peti contendetur, inerit etiam actioni productæ ex novante ſtipulatione, quia verum eſt per eam funeris impenſam peti id, quod ſenſiſſe Conſultum ex eo credo, nam poſtquam dixit locum eſſe privilegio quacumque actioue funeris ſumptus exigatur, ſic infert. *quare ſi in ſtipulatione funeris impenſa &c. Nec obſtat dict. l. 25.* nam ideo ibi extinguitur exceptio, qua promiſſor prioris obligationis ex ſtipulatione productus nomine tutus erat, quia præciſe id agebatur in ſecunda ſtipulatione iuter contrahentes, quod ex eo apparet, quod alias inutilis eſſet ſtipulatio, quia ideo promiſſor non amplius quam ſemel obligatur, *l. qui bis 18. de verborum obligatione*, ideo ut ſtipulatio ſecunda conſiſtat, neceſſe eſt perire exceptionem quod creditur voluiſſe contrahentes, quia quoties actus ſtipulationis, eſt dubius, potius debet interpretari, ut valeat, quam ut pereat, *l. quoties 80. de verb. ſignif.* ulterius nec novatio poſſet dari niſi extingueretur exceptio, quia novatio eſt prioris obligationis, in aliam tranſlatio *dict. l. 1. de novatione.* non verò dici poteſt, aliam eſſe obligationem, quæ provenit ex ſtipulatione ex qua etiam prior deſcendit niſi exceptio extinguatur, quia ratio extinctæ exceptionis alia creditur poſterior ſtipulatio à prima, prima enim erat in effectu inefficax, cum elidi poſſit exceptione, poſterior verò efficax eſt, exceptione extincta ſic intelligit Donellus *in dict. l. qui bis ff. de verborum obligatione.*

4 Ex hac doctrina facilis eſt quæſtionis propoſitæ reſolutio nam ſi novus paterfamilias promittit jam ſui juris factus, quod debet ex negotio geſto in poteſtate, indiſtinctè ei competit exceptio, in quantum facere poteſt, ſive promiſerit ſolum confirmandi animo præcedentem obligationem, ſive novandi animo, ratio eſt, quia quoties promittit animo confirmandi præcedentem obligationem præcisè promiſſio aſſumit qualitatem prioris obligationis, & ejus naturam: ergo tum debet extingui exceptio, aliàs non poſſet dici ex parte filiifamilias nuper ſui juris facti contracta præcedens obligatio, ſi verò promittit novandi animo, licet ratio novationis videatur extincta exceptio cum priori obligatione, in poteſtate contracta à ſui juris nuper facto, tamen exceptio, quæ competebat circa præcedentem obligationem creditur repetita in ſtipulatione novante ex generali regula in ſuperioribus ſatis jam fundata, quæ docet privilegia primæ obligationi inhærentia, quæ tendunt in favorem debitoris repetita intelligi in ſtipulatione novante, ex quibus conſtat nullam quoad hanc partem eſſe differentiam inter ſtipulationem & conſtitutum; ſic ubi novus paterfamilias conſtituit ſe ſoluturum pluſquam facere poteſt, licet actione de conſtituta pecunia in ſolidum teneatur, tamen non amittit exceptionem in id, quod facere poteſt, *l. quod ſi maritus 3. de conſtituta pecunia. l. qui id quod 33. in principio de donationibus.* nam licet ex conſtituto nova oriatur actio, non acceſſoria, ut falsò docent antiquiores, ſed æquè principalis *l. 18. §. 2. l. 19. §. ult. de conſtituta pecunia.* tamen cauſa & origo prævalere debet, ut ait Conſultus *in dict. l. 33.* actio etenim de conſtituta pecunia aſſumit qualitates & naturam obligationis cui adjicitur; unde falſa eſt ſententia aſſerentium, ideò novum patremfamilias conſtituentem ſe ſoluturum quod debet ex negotio geſto in poteſtate non amittere exceptionem, quia per conſtitutum nunquam poteſt dici remiſſam eſſe exceptionem, ex regula *dict. l. 3. §. 1. de conſtituta pecunia.* ratio hæc teneri nequit; nam conſtat per couſtitutum remitti poſſe exceptionem dilatoriam, *l. 4. de conſtituta pecunia.* licet non poſſit remitti exceptio peremptoria. *dict. l. 3. §. 1.* ratio eſt quia conſtitutum circa quod poteſt opponi exceptio peremptoria indebitum eſt ex regula textus *in l. 112. de reg. juris.* ideo couſtitui non poteſt, quia conſtitutum exigit obligationem efficacem cui adjiciatur ad differentiam ſtipulationis. *dict. l. 25. de verborum obligatione.* at verò debitum circa quod ſolum competit exceptio dilatoria, cum verum debitum ſit, potuit conſtitui, & ante diem, ita ut remittatur exceptio dilatoria, ſi id agatur inter contrahentes ut *in dict. l. 4.* ergo cum exceptio in quantum facere potuit, dilatoria ſit non peremptoria, ut ſupra diximus nihil prohibet, eam remitti per conſtitutum: vera ergo ratio ea eſt, quam nuper expoſuimus, nec obſtat quod couſtitutum loco ſolutionis habetur, & is qui couſtituit, loco eſt ejus quod ſolvit, ut dictum *cap. 2. num 15. ex l. 1. & ex l. de conſtituta pecunia.* & quod inſolutum, ſolutum ab eo, qui gaudet exceptione in id, quod facere poteſt, non repetitur *dict. l. 9. de condictione indebiti*; nam reſpondeo non haberi abſolutè conſtitutum loco ſolutionis, ſed in aliquibus veluti ut aliud pro alio poſſit conſtitui *dict. l. 1. §. 5.* in aliis verò non haberi pro ſolutione *l. ubi quis 28. l. ult. de conſtituta pecunia.* ſi enim in omnibus pro ſolutione cederet, nulla ex eo naſceretur obligatio, ſed imo per illud ſuperior, & antiquior obligatio tolleretur; cum tamen conſtet obligationem cui additur conſtitutum, perſeverare, & ei novam aliam ex conſtituto adjici. Unde non ex eo novus paterfamilias amittit exceptionem, quod conſtituat ſe ſoluturum, quod debet ex negotio in poteſtate geſto, ſicut nullam amittit cum ſolemni ſtipulatione illud promittit, & ſi per illam novatio fiat, diſtincta tamen ratione in caſu novationis, ut ſuperius dixi.

Patitur tamen doctrina hæc. hanc limitatio- 5
nem, videlicet ſi novus paterfamilias expreſsè promittit, ſe ſolidum ſoluturum quin exceptionem opponat, tunc enim eam amittit, quia

in caſu claro remiſſionis interpretationi, ſeu conjecturis locus non ſupereſt ex regula *l. 25. de legatis 3.* nec in hoc differt conſtitutum à ſtipulatione, cum ſolidum ut potè debitum poſſit conſtitui, & per conſtitutum poteſt remitti exceptio dilatoria, *dict. l. 4. de conſtituta pecunia.* ſolum illud diſcrimen obſervandum inter promiſſionem factam novandi animo remiſſa exceptione, & ſtipulationem adhibitam confirmandi cauſa præcedentem obligationem vel conſtitutum adjectum priori obligationi, ſi enim exceptio remittitur per ſtipulationem animo novandi factam omnimodo paterfamilias in ſolidum tenetur argumento textus *in l. 12. & pen. de novationibus*, ut ſupra dictum eſt, ſi verò novus paterfamilias remittit exceptionem in promiſſione facta abſque animo novandi vel in conſtituto, non abſolute eſt in ſolidum condemnandus, ſed cum diſtinctione, cum enim præcedens maneat obligatio ſi ex eo conveniatur, gaudet exceptione, quia non remiſit eam circa priorem illam obligationem, ſi verò ex nova obligatione conveniatur abſque exceptionis auxilio condemnabitur, ex quibus præbet cauſam limitatio hæc celebri controverſiæ à nullo ex his, quos viderim excogitatæ, an ſcilicet, novus paterfamilias hanc exceptionem poſſit remittere, ſeu hujuſmodi beneficio renunciare, & quidem eum non poſſe remittere hanc exceptionem, ex ſequentibus videtur ſuaderi, beneficium hoc publicam concernit utilitatem, cujus ratione illud novo patrifamilias indultum diximus ſupra, atqui privatorum pactiones juri publico non derogant *l. jus publicum 38. de pactis. l. ult. de ſuis, & leg. hæred. cum aliis pluribus*: ergo novus paterfamilias non poteſt remittere exceptionem ſibi competentem in id quod facere poteſt; deinde maritus non poteſt paciſci ut in ſolidum condemnetur, *l. alia 14. §. eleganter 10. ſoluto matrimonio.* ubi videndus Barboſa; ergo nec minus novus paterfamilias poterit paciſci, ut in ſolidum condemnetur, ſed tamen contrarium verius cenſeo, ſcilicet, novum patremfamilias poſſe exceptionem in id quod facere poteſt remitterre, quia hæc exceptio in ejus favorem inducta ſit, quilibet verò juri introducto poteſt renunciare ex vulgari textu *in l. penult. C. de pactis.* nec obſtat, quod beneficium hoc publicam reſpiciat utilitatem. Nam reſpondeo primo & principaliter ſolum continere privatam patrisfamilias novi, novæque ejus familiæ utilitatem, licet in conſequentiam non nihil utilitatis ad rem publicam redundet, ex eo quod ejus dignitas ex multitudine locupletum familiarum conſtituitur, quapropter novus paterfamilias illi renunciare poteſt non obſtante regula *dict. l. 36.* quæ locum habet in his, quæ primo & principaliter pertinent ad publicam utilitatem doctrina hæc ex ſequentibus probatur, licet retentio quartæ ex lege Falcidia ex jure publico deſcendat, tamen hæres commode paciſcitur de non deducenda quarta quia in ejus favorem principaliter inducta eſt *l. poteſt. 17. ad l. Falcidiam.* ergo idem de noſtra exceptione dicendum eſt, deinde circa Ædilitium edictum poſſunt contrahentes paciſci, ſive in ipſo negotio venditionis, ſive poſtea *l. paciſci 31. de pactis.* quod privatam utilitatem primo continet, licet in conſequentiam publicam concernat; ergo idem erit in noſtra exceptione; alia omitto exempla nec contrarium *dict. l. item §. 1.* imo noſtram ſententiam probat ſi rectè perpendatur, ideo enim ait, maritum non poſſe paciſci, ut in ſolidum condemnetur, quia circa bonos mores id pactum eſt, cum fiat contra reverentiam quæ maritis exhibenda eſt: ergo hic textus ſolum probat exceptionem in id, quod facere poteſt non poſſe remitti, quando competit ratione reverentiæ, ac per conſequens cum exceptio competens novo patrifamilias non indulgeatur ei ratione reverentiæ ex hujus textus ſententia, eam validè poterit remittere.

Quod dixi novum patremfamilias poſſe re- 6
mittere exceptionem in id quod facere poteſt, verum, eſt ſi eam remittat quo tempore ſui juris factus eſt, ſi verò eam remittat exiſtens in poteſtate, inutilem exiſtimo eſſe remiſſionem, moveor ex eo, nam exceptio hæc licet in favorem novi patrisfamilias inducta ſit, tamen ex jure publico deſcendit, unde novus paterfamilias non poteſt pacto efficere, ut ſibi exceptio non competat; eſſet enim pactum hoc contra jus publicum, & per conſequens inutile, argumento textus *in l. circa juris 29. de pactis.* ergo non poteſt remittere exceptionem, dum eſt in poteſtate, cum nondum ſibi competat, nam eodem modo juris authoritate convelleret impediens, ut exceptio ex eo oriretur; confirmatur doctrina noſtra, nam generaliter verum eſt, quod cum jus aliquod in alicujus favorem inductum ſit, ex jure publico non poteſt remitti, antequam competere cœperit, quia ſi ante remitteretur, inutilis eſſet remiſſio, quia circa jus ſunt ea pacta, quæ impediunt acquirendi occaſionem, quæ ex lege deſcendit at poſtquam competere cœpit jam juri publico ſatis factum eſt, cum acquirendi præbuerit occaſionem, & per conſequens cuilibet liberum eſt eo jure non uti, quia tunc non publicum jus cui jam ſatisfactum eſt, ſed privatum ſuum, ſcilicet, acquiſitionem ipſam lædit, unde videmus, quod ſi hæres paciſcatur vivo teſtatore cum legatariis inutile eſt pactum, quia tendit ad impediendum acquirendi facultatem deſcendentem *ex l. Falcidia. l. quod bon. 11. §. ſi ad l. Falcidiam.* ſi verò paciſcatur de non detrahenda quarta cum facultas competere cœpit, ei rectè paciſcetur, *dict. l. 71. eodem tit.* quia ſolum lædit privatum jus ſuum, nempe ipſam acquiſitionem. Deinde pactum de non ſuccedendo ei, qui adhuc vivit inutile eſt, *§. qui ſuperſtitis 94. de acquirenda hæreditate.* quia impedit acquirendi facultatem, quæ provenit ex delatione hæreditatis, ex lege deſcendente, *l. ult. de ſuis & legit. hæred.* valet tamen, ſi fiat mortuo eo, cujus jus ſuccedendi paciſcens habet, *l. 6. de reg. juris. l. 2. ſi quis omiſſa cautione teſtamenti.* quia hæc jus ſuum privatum remiſit; poſſunt alia exempla ſumi *ex l. pactum 48. de pactis. l. Neratius 2. de relig. l. 1. §. ſi interim de magiſtris conveniendis. l. ſi quando 35. §. illud & ſequenti C. de inofficioſo teſtamento. cum aliis ſimilibus*: ergo pariter cum hæc exceptio novo patrifamilias ſui favore, eum juris prætoris benefi-

cio indulgeatur, optimè ſtat, poſſe eam remittere, cum ſit ſui juris factus, quo tempore ei competere cœpit, quia tunc non lædit jus prætorum, cui jam ſatisfactum eſt, ſed ſuum proprium jus, ſcilicet, retentionem ejus, quod facere non poteſt dicitur, non verò poſſe temittere exceptionem dum eſt in poteſtate, quo tempore nondum ſibi competit, quia eo tempore in ſuppuſito pacto impediret, ut exceptio & retinendi facultas ex edicto ſibi competeret, & per conſequens circa jus prætorium paciſceretur.

7 Ex quibus cunſtat tunc demum novum patremfamilias pee ſtipulationem, vel conſtitutum, vel pactum remittere poſſe exceptionem, cum jam patris nexus ſolutus eſt, & tunc in ſolidum condemnandum eſſe lieet conveniatur ex negotio geſto in poteſtate, nunc proſequamur cauſas, quæ ad hanc explicationem accommodaodam, vel denegandam perpenduntur, aliquando etenim ex negotiis geſtis in poteſtate novus paterfamilias in ſolidum condemnatur, ut ex textu *in l. principio. ş. cum l. 3. §. nlt. & l. 4. ad Maced. ubi filinsfamilias* ſtipulatus eſt, ſibi pecuniam credi, promiſſio valida eſt, quia Senatusconſultum non prohibet promiſſionem pecuniæ, ſed ejus numerationem, ſi ei tamen patrifamilias facto pecunia credita ſit, mutuum conſiſtit *dict. l. 3. §. nlt.* redditur ratio *in l. 4. & in l. 5.* infert Paulus: ergo bie in ſolidum damnatur, non in id quod facere poteſt, cujus deciſionis ratio ea eſt, quia in dicto caſo negotium fuit geſtum citra poteſtatem, & tunc cœpit obligatio, cum ſui juris filius effectus fuit, quod patet ex eo, quod in poteſtate fuit contracta ſolum ſtipulatio ex qua filiusfamilias obligari non potuit, cum ipſe pecuniam non accepiſſet. numeratio verò pecuniæ creditæ ex qua reſultat obligatio facta fuit, cum jam ſui juris factus, quare in ſolidum debet condemnari abſque exeeptionis auxilio, cum hæc ſolum competat ratione earum obligationum, quæ in poteſtate contractæ ſunt; ita Duarenus, Gonzalez *in cap. 3. de ſolut. num. 3.* videtue tamen doctrina contraria deciſionis textus *in l. quod filiusfamilias 61. ff. manda'i.* ubi tandem Paulus ait, quod ſi aliquis mandaverit filiofamilias ut pecuniam peteret, & is emancipatus eam exegerit, cum filio agendum eſt, & ſentir dandam ei exceptionem in id quod facere poteſt, nam docet patrem eo nomine teneri de peculio, conſtat verò eorum negotiorum nomine qqs contra patrem detur de peculio actio, filio ſui juris facto competere exceptionem, quia pater tenetur de peculio ex negotiis illis, ex quibus filiosfamilias obligatur, & filius gaudet exceptione poſtquam ſui juris factus eſt, eum convenitue ex negotiis omnibus, quæ utiliter geſſit exiſtens in poteſtate: ergo eo ipſu quod docet Conſultus patrem teneri de peculio, ſupponit filio emancipato indulgeri ex noſtro edicto exceptionem. Tunc ſic poteſt ſubtiliter textus hic expendi. En ubi filiusfamilias non fuit obligatus durante poteſtate ad reſtitutionem pecuniæ. Quia licet mandatum ſuſcepiſſet, tamen pecuniam non exegit, uſque dum fuit emancipatus ex actionis ratione, actio adverſus cum datur, & tamen competit ei exceptio in id, quod facere poteſt, ſolum ex eo quod cauſa obligationis mandati, ſcilicet, ſuſceptio in poteſtate ortum habuit; licet obligatio ipſa competere cœperit, adverſus eum ſui juris jam factum quu tempore pecuniam exegit, ergo pariter quando filiusfamilias ſtipulatur ſibi pecuniam credi, & jam incertum accepit, ſui juris effectus debet gaudere exceptione, quia licet obligatio ipſa competere cœperit circa eum ſui juris factum, quia tunc ei pecunia fuit numerata, tamen cauſa hujus obligationis, ſcilicet, ſtipulatio, cum in poteſtate eſſet filius, fuit contracta.

8 Pro horum jurium explicatione, & conſtitutione elegans inter utramque ſpeciem conſidero diſcrimen, quoties aliquis pecuniam creditam accepturus ſpondet creditori futuro, in poteſtate habet, ne eam accipiendo ei ſe obſtringat *l. qui pecuniam 30. de rebus creditis.* quia ſtipulatio, quæ fit prætextu futuræ numerationis etiam venit, & ſubſtantiam accipit ex numeratione & per eam impletur *l. cum enim 7. de novationibus.* nec dici poteſt, quod poſtquam ſemel fuerit pecunia numerata, inſpiciendum eſt tempus ſtipulationis argumento textus *in l. 1. qui potiores in pignore habeantur. l. filiusfamilias 78. de verborum obligatione.* hæc enim regula intelligenda eſt cum ſtipulatio pendet ex numeratione, quæ neceſſario facienda eſt, ut *in dict. l. 1.* ubi Cujacius *lib. 8. quaſtionum Papiniani.* vel cum pendet ex alia conditione, cujus eventus non eſt in poteſtate promiſſoris, ut *in dict. l. 78.* at verò cum ſtipulatio pendet ex numeratione, quæ poſita eſt in arbitrio, & voluntate promiſſoris inſpiciendum eſt tempus numerationis in ſtipulatione, quod evenit cum quis pecuniam mutuam accepturus, eam promittit futuro creditori, cum enim in ejus poteſtate ſit, pecuniam accipere *dict. l. 30. de rebus creditis.* attendendum eſt tempus numerationis, ex quo cœpit tota ſubſtantia obligationis, unde cum *in dict. l. 3. §. ult. cum duobus ſequentibus ad Maced.* filiusfamilias pecuniæ numerandæ cauſa, ſeu prætextu eam futuro creditori promiſerit, & in ejus ſit poteſtate pecuniam accipere, ſi eam accipit ſui juris effectus, tempus illud numerationis inſpiciendum eſt, non ſtipulationis, quia non ex promiſſione cœpit obligatio, ſed ex numeratione, quæ cum facta fuerit ei jam ſui juris facto, conſequens eſt, ei competere exceptionem in quantum facere poteſt, cum hæc ſolum detur eorum negotiorum nomine, quæ in poteſtate geſta ſunt, & quoties qui mandat alicui, ut excipiat pecuniam vel quid aliud faciat, poſtquam ſemel mandatarius mandatum ſuſceperit, non eſt in ejus poteſtate pecuniam exigere, ſed omnimodo mandatum implere tenetur. *§. mandatum inſt. de mandato.* ideo ſi pecuniam non exegerit tenetur tamquam ſi exegiſſet, non enim tenetur, quod exegerit, vel mandatum impleverit, ſed quod illud exegerit, ita id eleganter Ulpianus *in l. ſi numerandi 6. §. ſi cujus mandati.* unde non tempus exactionis vel potius executionis mandati attendendum eſt, ſed ejus ſuſceptionis, quia non ex exceptione, ſed ex ſuſceptione oritur obligatio. Unde cum *in dict. l. 61.* mandati filiusfamilias mandatum exigendæ

Digitized by Google

gendæ pecuniæ ſuſcepit, licet emancipatus mandatum impleverit, exigens pecuniam, rectè docet Paulus nun eo minus patrem teneri de peculio, quia filius ſuſcepit mandatum exiſtens in poteſtate, nec ex eo tenetur, quod exegerit pecuniam ratione implendi mandati, ſed quod illud ſuceperit, quarè cum obligatio in poteſtate cœperit, præciſè pater tenetur de peculio, & per conſequens ſi cum filio agatur, ſupponit conſultus exceptionem competere in id quod facere poteſt, cum verum ſit negotium hoc fuiſſe in poteſtate geſtum, ex quibus jam aperitur quam rectè ubi *ſupra cap. 1. num.* 50. quod ſi fidejuſſor acceptus pro filio, ſanè ſolverit pro eo poſtquam ſui juris factus ſit, competit novo patrifamilias exceptio in id quod facere poteſt contra fidejuſſorem agentem judicio mandati, quia filiusfamilias obligatus fuit ex quo fidejuſſorem dedit mandatum ſuſcipientem, non ex quo fidejuſſor mandatum implorans pro eo ſolvit, quare licet exceptio mandati, nempe ſolutio impleta fuerit poſtquam filius fuit patris nexu liberatus, tamen cum obligatio in poteſtate ortum habuerit, ei meritò competit exceptio.

9 Solutionem tamen hanc infringere videtur textus *in l. ſi verò non remunerandi* 12. §. *ſi filiofamilias mandavero* 6. *mand.* ubi docet Ulpianus quod ſi aliquis mandaverit filiofamilias ut pro ſe ſolveret, etſi emancipatus ſolverit, ei competit actio contra mandantem, non patri; ergo inſpicitur tempus exceptionis, non ſuſceptionis mandati ac per conſequens in ſpecie *dict. l.* 61. *eodem tit.* non potuit novo patrifamilias exceptio competere; patet conſequentia quia ſi attendatur tempus ſuſceptionis mandati, actio acquiritur patri, non filio, cum mandatum in poteſtate exiſtens ſuſcepiſſet, reſpondeo cum Cujacio *tract.* 2. *ad Afric. in l. quidam cum filius* 46. *de hered. inſt.* quod licet ſtricto juris rigore inſpecto filio actio competere non poſſet, quod mandatum ſuſcepit ſolvendæ pecuniæ exiſtens in poteſtate, ſicut emancipatus eam ſolvat, tamen æquitatis ratione utilis actio in factum ei accommodatur ea ratione, quia cum ipſe ſui juris factus de ſuo pecuniam ſolverit, iniquum eſſet, patrem eam repetere, & non filium, & licet patri actio detur non directa, ut falſò exiſtimat Cujacius ſed teſtitutoria ex edicto de capite minutis, ut rectè docet Faber. *in rationali ad dict. l.* 12. §. 6. tamen repellitur exceptione, quia cum detrimento filii locupletior fieri contendit ob ſimilem rationem ei cui accidit *in dict. l.* 46. *de hered. inſt.* quare licet attento juris rigore, attendatur tempus contractus mandati, tamen ex æquitate placuit inſpici tempus exceptionis. Nec tunc infertur, quod etiam in ſpecie *dict. l.* 61. eadem æquitas intervenire debuit: Reſpondeo nullam adeſſe rationem æquitatis ut pater non teneatur de peculio, quando filiusfamilias mandatum ſuſcepit pecuniæ exigendæ, licet emancipatus eam exegerit, & iniquum eſſe eum non habere regreſſum adverſus patrem actione de peculio, cum obligationem acquiſierit, cum filius erat in poteſtate, nec alias eſſet mandaturus, quam peculii intuitu, nec ſubeſt etiam ulla ratio æquitatis, ut novo patrifamilias hujus negotii nomine non denegari dicamus, nam cum in poteſtate contractum fuerit, licet ſui juris factus mandatum impleverit, id tamen facit coactus neceſſitate mandati, ut *ſuperiori num.* diximus.

Cauſæ etiam cognitio videtur, an ſcilicet, 10
novus paterfamilias dolo fecerit quominus facere poſſet non hoc quocumque facere quiſque videtur poſſe quod dolo fuit, quominus poſſet, & per conſequens in eo condemnandus eſt, iniquum eſt enim dolum ſuum quemquam non lucere, *l. verum* 63. §. *hoc quocumque* 9. *pro ſocio. l. etiam* 18. §. 1. *ſoluto matrimonio.* in quibus tamen docemur eum cui competit exceptio in id quod facere poteſt, non abſolutè in ſolidum eſſe condemnandum, etſi dolum admiſerit, ſed in id tantum, quod dolo malo facere deſiit, cujus ea ratio eſt, quia pœna debet correſpondere delicto, & tantum in eo quo quis deliquit, puniri debet; ad rem elegans textus *in l. reſcriptum* 6. *de his quæ ut ind. auffer. l. falcidiam* 24. *ad l. falcidiam.* ſi verò debitor gaudens hac exceptione dolo bona communia diſſipaverit, vel fecerit, ut veniret, in ſolidum condemnabitur; textus *in l. ſi quis dolo* 51. *de re judicata.* ex eadem ratione, nam cum eis ſolidum facere poſſe dolo ſuo deſinit, ut pœna delicto exequitur in ſolidum debet condemnari, quo caſu intelligendus eſt etiam textus *in l. unic.* §. 7. *C. de rei uxoriæ actione* & de eo loquitur textus *in l. ſed hoc ita* 22. §. 1. *in fin. de re judicata.* hæc ita procedunt, cum novus paterfamilias dolo ſuo facere deſiit, aliud verò dicendum eſt, ſi non de dolo, ſed culpa facere deſiit, tunc enim in id quod facere poſſe deſiit, non eſt condemnandus, licet alias latæ culpæ nomine obligatus *dict. l.* 63. §. 7. *pro ſocio. dict. l.* 18. §. 1. *ſoluto matrimonio.* ubi ea ratio redditur, *quia in rerum ipſius adminiſtratione non eſt adeo culpa exigenda.* quæ tamen indiget explicatione, hujus exceptionis beneficium, ita debitori conceditur, ut ex bonis ſuis retinere poſſit alimentorum nomine ſibi neceſſaria, & ob id ſolum condemnatur in id quod facere poteſt ex bonis ſuis in pœnam delicti id quod dolo malo facere poſſe deſiit, perinde habetur, ac ſi in bonis ejus eſſet, ne ex proprio dolo lucrum conſequatur contra regulam *l.* 22. *de dolo cum vulgari.* ad id quod facere poſſe deſiit de culpa, & negligentia in bonis non computatur quia nullum delictum admittit, qui circa ſuarum rerum adminiſtrationem negligens eſt, id quod ſibi vult Conſultus, conveniat à debitore in rerum ſuarum non eſſe culpam exigendam, quod fere ſemper obſervatur licet in caſu actionis re debitoris non ſolum dolus ſed culpa coerceatur *l. cum autem* 23. §. *cum re debitoris. l. Ædilis* 25. §. *quid ergo* 5. *de Ædil. edicto.* quia & res quæ redhibetur propria ſit emptoris, tamen eſt ſubjecta oneri reſtitutionis, ut docet Bartholus *in l.* 18. § *ſi ſoluto matrimonio.* idem procedit *in l. in rebus* 17. *de jure dotium dict. l.* 18. §. 1. *l.* 21. §. 1. *l.* 66. *l. alt. ſoluto matrimonio cum ſimilibus.*

11 Non tamen indiſtinctè computatur in bonis novi pacti quidquid dolo malo poſſediſſet, ſed ita demum dolus adhibitus ab eo fuit propter creditores cum quibus exiſtens in poteſtate

teſtate contraxit, nec eis ſolidum ſolveret, non ſi adhibitus ſit propter alios creditores argumento teatus *in dict. l. 18. §. 1. ſoluto matrimonio.* in quo idem dicitur de marito in eodem caſu: ratio eſt, nam non poteſt dici dolum adhibere in ſuis patremſamilias contra creditores, cum quihus in poteſtate contraxit, quorum bona diſſipavit animo fraudandi alios creditores ut probat textus *in l. Fulcinius 9. §. ſed is 3. verſiculo quod ſi ex quibus cauſis in poſſeſſionem eatur*; doctrinæ huic obſtare putant antiquiores textum *in l. 10. §. illud cum ſequenti quæ in fraudem creditorum*, ſed potius eam comprobat, ut doctè advertit Duarenus *dict. l. 18. §. 1.* in eo enim docet Ulpianus quod ſi debitor ſcit, ſe unum creditorem fraudare, cæteros verò ignoret, id ſufficiet, ut locus ſit actioni Paulianæ, quæ competit ei cujus fraudandi animum debitor habuit, non cæteris, quorum fraudandorum animum vel addere non potuit, cum eos ignoraverit, id quod ſentire Conſultum, dum ait actioni locum eſſe ſequens denotat §. 5. eodem themate retento, quærit, an ſi creditori cujus fraudandi animum debitor habuit, ſatisfactum ſit, competit revocatoria actio cæteriſque debitoribus, & reſpondet eis, qui ſuperſunt actionem non competere ea adjecta ratione, quia hi fraudati oon ſunt, oec ſententiam hanc mutat *in fin. §.* dum ait, quod ſi debitor offerar id, quod debet creditori fraudato, audiendus non eſt, ut actionem eludat, id enim non ita intelligendum eſt, quaſi actio Pauliana competat cæteris creditoribus, quando debitor, ei qui fraudatus eſt, offert, ſed eum ſenſum habet, ut ſi creditor fraudatus poſſit eaperiri actione Pauliana, etſi debitum ei offeratur à debitore, licet enim negatio obligationem extinguat *l. parvi refert 17. de condictione furtiva.* ubi Cujacius 10. *quæſtionum Papiniani.* tunc actio quæſita creditori contra eos, in quos res tranſlatæ ſunt ejus fraudandi gratia, ei invito eripi non potuit, maaimè cum actio Pauliana competens debitori fraudato in conſenſum hæres afferat cæteris creditoribus, quorum fraudem debitor non habuit in animo, quia creditor fraudatus revocat illud, quod in fraudem ſuam alienatum eſt, etiamſi excedat illud, quod ſibi debetur, & poſtquam ei fuerit ſatisfactum, ea ſuperfluo creditoribus ſatisfiat. Unde teatus hic probat, illis tantum creditoribus actionem Paulianam competere, quos fraudare debitor intendit *ut ex l. ſi quis 15. eodem tit. quæ in fraud.* de cujus conciliatione *cum l. 15. qui & à quibus* videndi ſunt Cujacius *lib. 8. reſponſionum Papiniani in dict. l. 25.* Autonius Faber. *in jurisprudentia Papiniana principio 1. illat. 1.* quod pariter ſi novus paterfamilias dolum adhibuit non propter creditores, cum quibus in poteſtate contraxit, ſed propter alios, id, quod facere poſſe deſiit, non computatur in bonis ejus, cum opponit eaceptionem in id, quod facere poteſt, nec etiam doctrinam hanc offendit textus *in dict. l. 16. §. 1. verſiculo filius.* ubi ſi dolo mariti res dotales perierint, quamvis nihil dolo fecerit, ut non ſolvendo eſſet, maritus earum nomine perindè condemnatur, ac ſi dolo facere poſſe deſiiſſet: Nam reſpondeo, dolum matiti diſſipantis res dotales directò tendere in præjudicium dotis, & ideo amiſſione eaceptionis multatur. Deinde illud in cauſæ cognitione animadvertitur, an novus paterfamilias de cujus exceptione quæritur an deceperit creditorem; & ſimulans ſe eſſe patremfamilias cum in poteſtate contrahit, quippè cum ſe patremfamilias eſſe mentitus eſt, non gaudet eaceptione *l. ſed ſi exp. 4. §. videndum primo l. tum qui 6. hoc tit. l. qui cum ſi 10. de re judicata. &* ab argumento probat teatus *in l. ſi unus 67. §. ult. pro ſocio.* quæ exceptio novo patrifamilias ea æquitate indulgetur, qua indignus redditur propter mendacium ut indicat Conſultus *in dict. l. 6. hoc tit.* quæ ratio poſſet illuſtrari *ex l. ſi dubius 10. §. ita demum 1. de fidejuſſoribus l. 68. §. ult. ad l. Falcidiam. l. fin. de rei vindicatione cum aliis.* iu quibus mendacium gravibus pœnis plecti videmus; accedunt & duæ aliæ juris rationes, prima cauſa eſt: fruſtra legum implorat auxilium, qui circa leges delinquit *l. auxilium 37. in fin. de minoribus.* ergo indignus redditur novus paterfamilias qui conditiunis decipiendi alterius gratia pro tali habetur, ne injuria fiat alteri, qui alius non eſſet contra ſtatutum *l. 3. ad Maced. l. 1. C. eodem l. 2. & 3. C. ſi minor ſe majorem dixerit*: ergo filiusfamilias fingens ſe patremfamilias eſſe ex contractu perinde debet haberi, ac ſi paterfamilias eſſet tempore contractus, & per conſequens cujus negotii nomine exceptio etiam ſui juris facto competere non poteſt, cum hæc ſolum competat corum negotiorum nomine, quæ in poteſtate geſta ſunt, neque credat aliquis hanc ſententiam ſolum veram eſſe, cum filiusfamilias publicæ communi exiſtimatione pro patrefamilias ab omnibus habeatur ut in ſpecie *dicta l. 10. de rei vindicatione*, nam etiam locum habet cum ſolus creditor, qui cum filio contraxit, exiſtimat eum patremfamilias eſſe ab eo id fingente & ſimulante deceptus, ut *in dict. l. 4. §. 1. ad l. 6. hoc tit. & dict. l. 67. §. fin. pro ſocio.* qui dolus & mendacium ejus punitur, nec in hac juris parte, inter judicia bonæ fidei, & ſtricti juris eſt admitteodum diſcrimen, ſed quia caret exceptione novus paterfamilias quando in contractu ſtricti juris habito in poteſtate creditorem decipit, ut in ſpecie *dict. l. 10. de rei vindicatione* quæ loquitur de mutuo ſed & in contractu bonæ fidei, quæ dolo malo, & malæ fidei adverſatur in omnibus contractibus etiam ſtrictis deſideratur, *l. bona fidei 4. de obligat & act.* ideo ſcribit indiſtinctè Ulpianus *in dict. l. 4. §. 1. hoc tit.* denegari eaceptionem novo filiofamilias qui ſimulans ſe patremfamilias mandante aliquo ſtipulatus eſt mandati tenetur quin exceptioni ſit locus, quia dolo fecit, ſubjungit hoc, & in omnibus bonæ fidei judiciis dicendum eſſe: ergo ſentit aliud obtinere in ſtricti juris judiciis; numquam in teatum contrarium probatur, quia ratio eſt cum Antonio Fabro in ejus rationalibus, quem ſequitur dominus Gonzalez *in cap. 3. de ſolutionibus num. 13. in fin.* aliud dicendum eſſe; ergo ſentit in ſtricti juris judiciis ex eo quod Conſultus aliud de omnibus bonæ fidei judiciis proderet, ſed potius ideo cum id diceret generaliter de omnibus

bonæ

bonæ fidei judiciis, quia ageret de contractu mandati qui bonæ fidei eſt, non quia contrarium ſentiret de judiciis ſtricti juris, cum imo ipſe Conſultus id agnoviſſet in hac parte in omnibus judiciis, quod præter quam quod ſatis ſuadet generalitas, de qua loquitur *in dict. l.* 4. §. 1. eleganter probatur ex eo nam addictam ſcientiam illam ſcilicet, filium emancipatum, vel exhæredatum carere exceptione, ſi paterfamilias mentitus eſt, utitur authoritate Neratii *lib.* 2. *ff.* cujus fragmentum ſub eadem inſcriptione facit *in dict. l.* 10. *de re judicata* ex qua id affirmat in contractu mutuo, quem ſtricti juris eſſe nemo dubitat; interpretatio hæc ſuadetur ex alio ſimili loquendi modo, quo utitur idem Ulpianus in ſpecie non omninò diſſimili *in l. in bona fidei* 38. *de peculio.*

12 Pari ratione amittet beneficium hoc novus paterfamilias ſi cum à creditore convenitur, negaverit ſe filiumfamilias fuiſſe, eum contraxit, argumento textus *in dict. l.* 67. §. *fin. pro ſocio.* ubi ſocio qui negat ſe ſocium eſſe, hæc exceptio denegatur & idem ſuadet textus *in dict. l. ſed hoc ita* 22. §. 1. *de re judicata.* quia generaliter quiſquis negat per fallaciam id, quod ex cauſa privilegii conceſſi eſt, illud amittit in mendacii pœnam, ut conſtat ex pluribus in principio ſuperioris nomini relatis, & eo redditur indignus; ita dicunt Petrus Barboſa *in dict. l. maritus* 12. *ſoluto matrimonio. ex num.* 105. & Pichardus *dict.* 2. *part. præſup.* 19. *ex num.* 48. accedit ex ea ratione, nam cum æquitatis, & humanitatis causâ exceptio hæc detur cum detrimento creditoris abſurdum erit eam competere ei, qui probo animo dicitur inficians, ita gravem moleſtiam infert creditori: ſi verò novus paterfamilias non fateatur ſeu negaverit poſtea quod fateatur; ante litem conteſtatam beneficium hoc non amittit; ante litis enim conteſtationem pœnitentiæ locus eſt, cum tunc non ſit factum deterius jus creditoris, ut probant ab argumento textus *in l.* 21. *de in jus vocando. l.* 26. §. *hæred.* 2. & ideo à noxali actione *l. de ætate.* §. *fin. de interrogationibus in jure faciendo. l. is qui ſe abſtulit* 25. *de rei vindicatione.* ideo hic locum non habet regula textus *vel qui ea mente* 65. *de furtis.* Nec audiendus eſt Faber qui in rationali *ad dict. l.* 11. §. *ult. de interrog. in jure faciendo*, exiſtimat hunc terminum pœnitentiæ admitti ante litis conteſtationem, cum juſta mandati intervenit cauſa, juſtus nempe error, quia veriùs eſt ex dictis juribus pœnitentiæ locum eſſe ante litis conteſtationem etſi dolo malo, vel lata culpa mendacium dictum erit, ſed & poſt litem conteſtatam admittitur pœnitentia, ſi juſtus perveniat error indiſtinctè argumento *dict. l.* 11. §. 10. *cum ſequenti de interrogationibus. in jure faciendo.* Si dolo fuerit dictum mendacium, ita demum ſi actor non ſubjicit onus probationis, quia cum actor pœnitentem relevat ab onere probandi, excuſandus eſt reus à pœna argumento textus *in l.* 30. *de jurejurando.* niſi actor probare velit mendacium, hoc enim jus ei quæſitum eſt per litis conteſtationem, docent Barboſa & Pichardus, ubi nuper, quibus addo novum patremfamilias inficiantem ſe in poteſtate contraxiſſe amittere exceptionem, etſi creditor ſciat, ſe cum eo in poteſtate negotium illud cujus nomine convenit geſſiſſe; nec quidquam contrarium facit, quod tunc creditor non poſſet dici deceptus, cum ſcribit *l.* 1. *in fin. de act. empt.* quia dolum non potuit ex ſolo animo ejus, qui decipere vult, cum cogitationis pœnam nemo patiatur, *l.* 18. *de pœnis.* nam reſpondeo prædictam regulam veram eſſe, quando is cui damnum infertur, ſi ſciens incommodum poterat jactare, ſi velit, tunc enim nulla creditur injuria fieri *l. nemo* 15. *de reg. juris*, & accidit *in dict. l.* 1. poterat enim emptor non emere *in dict. l.* 4. poterant *in dict. l.* 84. non remittere obligationem tutelæ, & per conſequens nullum parit damnum, quod idem accidit in celebri ſpecie textus *in l.* 25. *cum l.* 26. *de rei vindicatione.* at verò cum novus paterfamilias negat ſe in poteſtate contraxiſſe, creditor licet ſciat contrarium, non poteſt non pati incommodum probationis, cum eo non probante abſolvendus veniat reus *l.* 4 *C. de edendo cum vulgari.* ideò ei infertur injuria, & novus paterfamilias beneficii amiſſione plectitur, ut non tam ejus cogitatio puniatur quam fraus revera illata creditori, unde locum non habet ſententia *dict. l.* 18. ad quam explicandam ſufficiebat cura mendacium dixiſſe, quando enim actu externo cogitatur, ſua cogitatio declarata eſt, pœna enim punitur *ff.* §. *ſed etſi emat de obligatione quæ ex delicto.* ubi communiter interpretes.

Diſputant D. D. an novus paterfamilias amittat exceptionem in id quod facere poteſt, ſi generaliter negaverit, quod actor intendit, & quidem quæſtioni huic ſub diſtinctione Reſpondeo, cujus de re contrarias inter ſe concilio opiniones, ſi novus paterfamilias neget generaliter, quod actor intendit in libello, omnia in eo contenta negaſſe ut ipſa intelligitur, unde ſi in eo tempore contractus eſſet, expreſſum non ſolum contraxiſſe, ſed & tunc contraxiſſe negat, & per conſequens carebit exceptione, & denique dicendum eſt, ſi contractus propoſitus ſit, tempus verò expreſſum non ſit, cum enim negat contenta in libello, negat ſe contraxiſſe, & per conſequens negat ſe omni tempore, neguando enim tempus, contractus abſolutè tempus contrahendi excludit, probat textus *in l.* 13. §. 4. *de rebus dubiis*, his terminis tenenda erit ſententia Jaſonis *in l.* 22. §. 5. *de re judicata num.* 12. & Felini *in Cod. cæterum extra de judiciis num.* 19. & aliorum antiquorum, quæ nullo modo magis vera eſt, quando negat ſpecialiter ſe contraxiſſe; nec in contrarium urget quod in generali negatione comprehendi non poteſt, quod ſpecialiter reus negaturus non eſſet, argumento textus *in l.* 6. §. 1. *de pigneribus. l.* 46. *de peculio cum ſimilibus.* veriſimile verum ſit novum patremfamilias negaturum non fuiſſe id, propter cujus negationem in pœnam incidit argumento textus *in l.* 3. §. 1. *de pœnis.* quod quiſque juris maximè egit, qui in judicio ambigua utitur oratione, ſanè poteſt interpretari prout ſub utili rei medio judicavit, *l.* 36. *de judiciis.* hoc tamen revera quod diximus, confundit, nam reſpondeo regulam illam veram eſſe, quod res aliqua poteſt geri vera manente negatione, ut accidit in juribus ab argumento adduc-

adductis, tunc nihil prohiber, aliquid excipi, cum in toto jure generi per ſpeciem derogetur, *l.* 80. *de reg. juris.* at verò in noſtro caſu, ſi aliquod à generali negatione exciperetur, falsa prorſus maneret negatio, quod ſic oſtendo; novus paterfamilias negavit ſe contraxiſſe, ſi negatio ita acciperetur ac ſi ſolum negaſſet, ſe ſui juris factum contraxiſſe, falsa eſſet, falsum eſt enim dicere eum non contraxiſſe, quia aliquo tempore contraxit, unde nec ipſe negationem poteſt iſtam interpretari, quia interpretativa facultas datur ei, qui ambigua uſus eſt oratione, in hac verò negatione nulla ambiguitas invenitur ex jam dictis. Ad aliud diſtinctionis membrum tranſeamus, ſi novus paterſamilias neget generaliter ſe debere quod petitur libello, exiſtimo poſſe eum orationem hanc, ut potè ambiguam interpretari, & non intelligi negatione amittere cauſam beneficii, & proinde eo gaudere, & in hoc caſu vera erit ſententia Petri Barboſæ & Pichardi ubi ſupra, ratio hæc eſt, quisquis negat ſe debere, in hoc ipſo negat, ſe contraxiſſe, cum optimum eſſet, aliquem contraxiſſe, & non debere fortè; quia ſit exceptione peremptoria tutus vel quia obligatio quam contraxit legitimo aliquo modo exſoluta eſt; ergo licet novus paterfamilias neget ſe debere, tamen in hoc ipſo intelligemus negare ſe contraxiſſe, quia in negatione generali oon comprehenditur, quod verò ſimile non eſt reum negaturum, quæ negata caſui huic rectè adaptatur, quia licet in hac negatione non comprehendatur ſe non contraxiſſe, manet vera negatio ipſa, ut dixi & per conſequens, eum ambigua ſit, poteſt novus paterfamilias eam interpretari ex regula *dict. l.* 66. *de judiciis.* ſi dixerit ſe, cum negaret, debere, ideo non debere, quia non contraxit, advertit hoc beneficium ex dictis *num. antecedenti*, at ſi dixerit, ſe ideo negare debere, non quia non contraxit, ſed quia exceptione ſit tutus, vel quia ſoluta ſit obligatio, non privatur beneficio noſtri interdicti, quia non negationis cauſam, & quia nullam infert moleſtiam creditori, ad quem onus probandi incumbit, eum potius incumbat non ex regula textus *in l.* 19. *de probationibus*, in qua deciſioni ſubtiliter, ni fallor per quam ſit ſatis.

14 Deinceps cum in cauſæ cognitione illud inveſtigare oporteat an ſi creditor inopem patremfamilias conveniens inops quoque ſit, nam tunc officio prætoris congruit, ut non abſolutè novo patrifamilias exceptionem indulgeat, ſed vel eam temperet, ſi commodo utrique convenire poſſe comperuit, vel alias eam deneget: docent Bathholus *in dict. l.* 12. *ſoluto matrimonio num.* 4. Baldus *in l.* 2. *C. hoc tit. num.* 5. & alii antiquiores relati à Barboſa *in dict. l.* 12. *num* 46. quorum doctrina ab authoritate probatur, *ex l. ſi quis* 5. §. 25. *de agnoſcendo lib.* ubi ait Ulpianus quod arbiter datus eſt ad alimenta præſtanda patrono à libetto taxanda, qui vel ea moderatione circa liberti facultates, vel jubebit non præſtari ſi libeto non ſuperſit, & utrique alendo. Sufficiat tunc quemadmodum patronus habet privilegium, ut aliundè deducat ex bonis liberti, ſic & novus paterfamilias habet beneficium retinendi alimenta ex bonis ſuis, etſi non ſatisfiat creditoribus: ergo ſi vel patrono illud amittit, ſi pari inopia laboret libertus, ſic & novus paterfamilias illud amittit, vel eo carebit, quando creditor æquè inops, etiam probatur à ratione æquitate deficiente ex noſtro edicto proveniens exceptio, atque æquitas patitur ut ea competat contra inopem creditorem: ergo minus rem ſic oſtendo; ratio æquitatis non patitur ut faveamus ei, qui agit de lucro captando, contra eum qui agit de damno evitando *l.* 41. §. 1. *de verb. ſignif. l.* 6. §. 11. *quæ in fraud. creditoris cum aliis.* ſed novus paterſamilias agit de lucro captando, & creditoe cum eo conveniet de damno vitando, ut conſtat: ergo ratio æquitatis non patitur, ut ex hoc caſu accommodatur exceptio, nec obſtat quod conſiderat Barboſa *num.* 98. ſed quod eum filiusfamilias ſui juris factus eſt, exceptio ei quæſita fuit, quæ ſi ei auferatur damnum videtur incurrere, & per conſequens agit etiam de damno vitando; nam ratio hanc exceptionem quæſitam dici non poſſe antequam cauſa cognoſcatur & proinde novum patremfamilias non agere de damno vitando, ſed potius de lucro captando, & licet conſideremus ei jam exceptionem quæſitam ad videndum, non ex eo infertur eum agere de damno vitando cum ipſa exceptionis acquiſitio non leve ſit lucrum ex proximè dictis, unde exceptione non gaudet ex æquitate defectus.

15 Unde ex verbis edicti conſtat novum patremfamilias tum demum gaudere hac exceptione, cum convenitur actiooe perſonali dimanante ex obligatione geſta in poteſtate, non verò cum actione reali pulſatur, ita enim ſe habent verba edicti: *cujus rei nomine, quæ cum eo contracta fuerit, & infra contraxerit.* quæ apertè loquuntur de actione perſonali, quæ ſola oritur ex contractu, vel quaſi contractu, *in* §. *omnium* 1. *inſt. de act.* & reale excludunt, quæ ex dominio, vel jure alio in re dimanat abſque ulla obligatione, §. 1. *l. actionum* 25. *de obligationibus & actionibus.* id que ratio maxima æquitatis evincit, nam unusquiſque ſibi adjunctum perducere permititur ex cujus bonis deducere debet, ex alienis non poteſt, cur enim non datur exceſſum relinqui poterit, quod ſuum eſt, & in aliis debeat, quia per hanc reductionem non alitur ex alieno ad id quod alienum eſt, auferri domino non poteſt, promiſſor alatur: ſic ratiocinatur Donellus *in dict. l.* 16. *de re judicata.* ergo novus paterfamilias licet conventus actione perſonali deducere poſſet alimenta, quia quod debet ſuum eſt *l.* 1. *de lib. leg.* non tamen ea poterit deducere ex rebus quarum nomine actione reali convenitur, cum hæ alienæ ſint, comprobatur doctrina hæc ex eo quod tempus, quo judicatum ad ſolvendum, indulgetur, non videtur datum eis, qui in judicio actionis in rem condemnati ſunt, ut docet eruditè Duarenus *in l.* 2. *de re judicata ex l. ult. C. de uſuris rei judicatæ cum aliis.* quia iniquum eſſet moram fieri in re ſua domino reſtituenda: ergo eadem ratione denegabitur exceptio novo patrifamilias qui actione reali convenitur,

tandem

Digitized by Google

tandem ſuadetur *ex l. 41. de re judicata.* in cujus textus terminis donatio facta fuit per ſolemnem ceſſionem in jure dominus Retes *de donationibus. l. 41. §. fundum 1. de re judicata.* ubi docet Paulus, quod ſi is qui fundum donavit, eum non reſtituat, ut quilibet poſſeſſor damnandus eſt idem in ſolidum ſupponit donationem à traditione in ſpecie vera, non ficta ut *in l. 28. C. de donationibus cum aliis.* & donantem eum retinuiſſe, & ait, eum non gaudere exceptione, quia ut quilibet poſſeſſor convenitur, quod idem de novo patrefamilias dicendum eſt, unde explodendus eſt Petrus Barboſa qui *in dict. l. 12. ſoluto matrimonio num.* 32. docet, ideo *in dict. l. 41. §. 1.* donantem non gaudere exceptione quia eam amiſit per traditionem fundi; fallitur, cum donatio de traditione inceperit, quo caſu cum ceſſet exceptio, ut patet, extingui non poteſt argumento *l. decem 116. de verborum obligatione.*

16 Diluamus nunc difficultatem ingentem, quam noſtrum patitur aſſumptum; ſic enim poteſt inſurgi, videtur non ſolum actione perſonali, ſed etiam actione reali uxor petere dotem *l. in rebus 30. C. de jure dotium.* & tunc maritus habet exceptionem in id, quod facere poteſt *l. unic §. 1. de rei uxoriæ actione:* ergo pariter licet novus paterfamilias vera actione conveniatur, gaudebit exceptione, nec ſatisfacit, qui dixerit tunc gaudere maritum exceptione, cum uxor neglecta reali actione intendit actionem in perſonam adversùs eum, nam quoties creditor habet actionem realem & perſonalem, licet illa omiſſâ, hac experiatur, reo non competit exceptio, ut ſi apud filiumfamilias res deponatur, ut *in dict. l. 1. §. 42. ff. depoſi i & in l. 38. de peculio.* in ſui juris factum, ſi non ſolidum condemnatur, ſive in rem actione, ſive perſonali conveniatur, quia rem alienam reſtituit, ex qua alimentorum nomine nihil retinere poteſt; reſpondendum ergo eſt cum Donello *in dict. l. 16. de re judicata.* quod licet ex conſtitutione Juſtiniani uxori competat actio in rem ad res qualeſcumque in dotem datas repetendas, tunc hæc reſtitutio ſolum loquitur in rebus dotalibus, quæ extant, ut ex ejus ſerie apparet, vel quæ dolo fuerint conſumptæ. Hæc enim ſtare credantur, quia dolus pro poſſeſſione ſit, non verò locum habet in rebus dotalibus, quas bona fide, ideſt, ſine dolo maritus conſumpſit, quia earum nomine nulla poteſt competere vindicatio uxori, ſed rei uxoriæ ſolum, vel ex ſtipulatu actio nec in rebus fungibilibus *ex regula 1. rei in dotem 42. de jure dotium* unde ſi uxor hodie univerſali judicio dotem repetat, maritus condemnabitur in ſolidum abſque exceptionis auxilio earum rerum dotalium nomine, quarum vindicatio uxori conceditur; gaudet verò exceptione in quantum facere poteſt reſpectu earum rerum, quas uxor per in rem actionem petere non poteſt; olim verò cum indiſtinctè ſola actio perſonalis uxoria ad dotis repetitionem datetur; quia res omnes dotales conſtituebantur in dominio hæredis mariti, *l. 1. §. 1. de fundo dotali.* indiſtinctè maritus exceptionem apponere poterat adverſus uxorem; ex quibus ſolutum manet argumentum, nam conſtat tunc demum etiam ſanctione Juſtiniani carere maritum exceptione cum convenitur actione reali, & ea tunc gaudere cum pulſatur perſonali judicio, quod idem aſſerimus de exceptione in quantum facere poteſt competente novo patrifamilias ut ei indulgeatur ex noſtro edicto, ſi fuerit pulſatus perſonali judicio, ei verò denegatur, ſi conventus fuerit reali actione.

Ex ejuſdem edicti verbis colligitur, filiumfa- 17
milias ſui juris factum in ſolidum condemnari abſque ulla exceptioſe delictorum nomine, quæ dum erat in poteſtate, commiſit, cum Prætor ei ſolutum ex contractibus, vel quaſi obligato exceptionem accommodet, à quibus maximè diſtant delicta *l. 1. ſed ſi cum quolibet 2. de exercitoria actione*, idque nominatim docet *in l. ſed ſi ex parte 4. §. 2. hoc tit.* ratio pendet ex publica utilitate, quæ vertitur in criminum animadverſione, & ex eo quod indignus eſt exceptione, qui facinora perpetrat, ſi enim qui creditorem decipit patremfamilias ſe mentiens, eam amittit, multoque magis debet denegari delinquenti, cum *in l. ſervum 12. de re judicata. & in l. ſi mulier 21. §. ult. de rerum amot.* docemur, quod ſi rerum amotarum cum viro vel uxore agatur, ceſſat exceptio, quia rerum amotarum actio provenit ex delicto, nempe ex furto, licet propter honorem matrimonii temperetur actio verbis, ut non fiat mentio furti, ſed amotionis, quæ doctrina vera eſt non ſolum cum novus paterfamilias convenitur ex delicto in poteſtate commiſſo, cujus nomine jam ſui juris factus condemnatus eſt, ſed etſi exiſtens in poteſtate fuerit delicti nomine condemnatus; ſed circa hanc doctrinam illud ſe offert difficile argumentum, licet obligatio proveniat ex delicto. Jam ſi ſemel in judicium deducatur, novatur in obligationem judicati reſultantem ex quaſi contractu *l. 5. §. idem ſcribit de peculio.* ubi pater tenetur de peculio ejus actionis nomine, ex qua non tenetur veluti ex delicto filii, ſi ea in judicium deducatur, quia judicati actio ex quaſi contractu profluxit, atqui novo patrifamilias datur exceptio quaſi contractuum oomine ex quo in poteſtate fuit obligatus; ergo ſi ratione delicti fuerit in poteſtate permanens condemnandus, cum jam obligatio ex delicto novata fuerit in obligationem judicati, ſi conveniatur ſui juris factus gaudet exceptione in id quod facere poteſt; reſpondeo quod novatio, quæ inducitur per litis conteſtationem, enixum non habet in his quæ pertinent ad actoris incommodum, nemo deteriorem cauſam ſuam facit actionem exercens, ſed meliorem, ex qua ratione ait Paulus *in l. 29. de novationibus.* non perire lite conteſtata actionis privilegia, ideo etſi cum filioſamilias delicti nomine actum fuerit, & coodemnatus ſit, & ſui juris factus conveniatur, ratio novationis non ſufficit, ut ei exceptio competat, quia actor deteriorem ſuam conditionem per litis conteſtationem efficeret *l. 29. & l. non ſolum 86. de reg. juris.* idque conſtat *ex dict. l. 3. §. idem de peculio.* ubi melior fit actoris conditio per litis conteſtationem: ergo quocumque tempore filiusfamilias delicti nomine ſit condemnatus ſui juris factus in ſolidum convenitut abſque ope exceptionis.

Amplius edicto conſtat filio hærede inſtituto 18

exceptionem in id quod facere poteſt non competere, cum nominatim loquatur de filio exhæredato, vel abſtento, quod ſummam habet rationem; non enim inops eſt filius, qui in ſolidum ſuccedi patri, qui in omnia cjus jura ſuccedit, ſic igitur prolatam propoſitionem falsam eſſe, & ſubdiſtinctione coocipiendam contendo, aut enim hæreditas patris eſt lucroſa, & tunc vera etit prædicta definitio, aut eſt damnoſa, vel ſaltem non lucroſa, & tunc dicta definitio locum non habebit; fundamenta quibus diſcrimen hoc adſcribo, ſequentia ſunt, edictum enim noſtrum exceptionem indulget novo patrifamilias inopi, ut ſæpè inculcavimus, at filius, licet inſtitutus ſit à patre, ſi hæreditas eſt damnoſa, vel ſaltem noo lucroſa, inops eſt, periode ac ſi inſtitutus non eſſet, cum nemo locupletior fiat ex co, quod eſt inſtitutus, ſed ex co potius quod hæreditatem lucroſam acquirit: ergo filio adhuc inſtituto non generaliter exceptio denegabitur, ſed tunc demum cum hæreditas damnoſa, vel ſaltem lucroſa non eſt, rurſus filius exhæredatus ſi ei ratione fideicommiſſi reſtituatur, caret exceptione *l. 5. §. ſi filio exhæredato 5. hoc tit.* quia effectus rei inſpiciendus eſt: ergo licet filius ſit inſtitutus, ſi tamen hæreditas patris lucroſa non ſit, exceptione debet gaudere; conſequentia patet, quia nec exhæredatio, quatenus exhæredatio, eſt cauſa dandæ exceptionis, ſed quatenus inopem reddit filium, nec inſtitutio, quatenus inſtitutio, eſt cauſa exceptionis denegandæ, ſed quatenus locupletem filium facit: ergo ſicut filius, quamvis exhæredatus non gaudet exceptione, quando exhæredatio eum inopem non fecit, ut in caſu *dict. l. 5. §. 1.* pariter licet inſtitutus ſit, gaudebit exceptione, quando inſtitutio eum locupletem non facit, quod evenit præcisè quando hæreditas lucroſa non eſt: conſtat ergo nihil poſſe perpetuo definiri cum quæritur an exceptio competat inſtituto filio, quia id æquitate conſiſtit, ut de acceſſionibus poſſeſſionum aiebat Conſultus *in l. de acceſſionibus 14. de diverſ. & temp. præſcript. l. ita autem 5. verſiculo quæ quod de adminiſtratione tutoris.* ſed allata diſtinctione utendum eſſe, quam, ne alicui cerebrina videatur, probo ex textu qui ab argumento huc trahi poteſt *in l. ſi ſervus* 108. §. *item ſi domino 6. de legatis* 1. ubi quærit Africanus, ſi is, cui res ex lucrativa cauſa debebatur hæres extiterit domino ejus, an extinguatur obligatio in lucrativa cauſa, & ibi reſpondet non extingui, cui hæreditas ſolvendo non eſt, quia tunc non poteſt dici res acquiſita ex cauſa lucrativa, licet obligatio extinguatur quando hæreditas lucroſa eſt *l. inter ſtipulantem* 83. §. *ſi rem 6. de verborum obligatione*; ergo in jure nova non eſt differentia inter caſum, quo hæreditas eſt lucroſa, & caſum, quo lucroſa non eſt, ulterius & ad rem noſtram is textus facit, ſi expendatur; quemadmodum ad hoc ut novo patrifamilias denegetur exceptio, requiritur, eum locupletem fieri ita ut extinguatur obligatio ex cauſa lucrativa.

DON JOANNIS PUGÆ ET FEIJOO JURISCONSULTI,

ET PRIMARII ANTECESSORIS SALMANTICENSIS,

TRACTATUS ACADEMICUS X.

De modis inſtituendi ad §. hæres 9. inſt. de hæredibus inſtituendis.

CAPUT UNICUM.

1 ELEGANTEM in præſenti tradit regulam Juſtinianus, cujus pars prior, quæ docet hæredem & purè, & ſub conditione inſtitui poſſe, licet in extraneis hæredibus indiſtinctè procedat, quos ſub qualibet conditione caſuali, ſcilicet poteſtativa, vel mixta inſtitui poſſe innumera Conſultorum teſtimonia demonſtrant, in ſuis tamen hæredibus non indiget cautione una, nam cum ſuus hæres qui præteritus teſtamentum valere non patitur, *l. 30. de liberis & poſthumis cum vulgatis*, licet ſub poteſtativa conditione utiliter inſtituatur, ſub caſuali, vel mixta non alias rectè inſtituitur quam ſi in ejus defectum ſit exhæredatus, ne utpotè in ejus caſum præteritus, teſtamentum ab initio reddat inutile *l. 4. l. 86. hoc tit. l. de conditione inſt. l. ſi pater 4. de inſtitutione & ſubſtitutione docet cum pluribus larreatequi lib. 7. ſelect. cap. 2. cum 3. ſequentibus.* nec hanc doctrinam offendit elegans nec vulgaris textus *in l. 2. §. 1.* juncta regula textus *in l. 6. de bonorum poſſeſſione ſecund. tab* pro cujus explicatione Conſulendus Cheſius. 1. *interpret. cap.* 11. cæteri ſui hæredes, qui præteriti teſtamentum non evertunt; veluti filiæ, nepotes, & reliqui per virilem ſexum deſcendentes à nemine præcisè ut conſtat ex Ulpiano in fragmento *tit. 22. §. 15. l. ult. C. de lib. præt. principio inſt. verſiculo ſed non ita de exhæredat. lib.* ſub quacumque conditione utiliter inſtituuntur, etſi in ejus defectu non ſint exhæredati *dict. l. 4. hoc tit.* expreſſus textus *in l. 1. §. 8. verſiculo idem erit de ſuis & legitimis.* docent circa contrarium conſentes. Donellus *lib. 6. commentariorum cap.* 12. ubi Oſſualdus *littera E. & G.* ſubtilis Coſta *ad l. 29. §. & quod de liberis & poſthumis. 3. parte num. 6.* & alii plures quos refert, & ſequitur Valentia 3. *illuſtr. tract. 3. cap. 5. num. 1. & 2.* Retes *in adverſariis de bonorum poſſeſſione circa tabulas cap. 5. num. 1. & 2.*

Rurſus poſthumi ſui, qui nullo ſexus, vel 2
gradus diſcrimine habito præteriti teſtamentum, quod ab initio non conſiſtit, inutile ex poſt facto rumpunt, agnoſcendo *l. 3. §. ex his l. 8. in principio & §. 1. de injus. rup. §. 2. de exhæredatione lib.* licet ſub caſuali vel mixta conditione ab initio poſſint inſtitui, & poſt ejus exiſtentiam nati non rumpant teſtamentum. *l. 22. de libertis & poſthumis. argumento textus in l. 1. §. 7. de ventre in poſſeſſion. mitt.* junct. larreateg. *dict. lib. 7. ſelect. cap.* 8. *num.* 3. ſi tamen conditione adhuc pendente in lucem edantur, illico teſtamentum infirmant tamquam in ejus deficientis eventum præteriti *l. 24. de liberis & poſthumis.* ubi Cujacius 1. *quæſtionum Paul.* Coſta *in dicto §. 3. num. 42. & num. 63. cum ſequentibus.* quæ doctrina & in nepotibus natis jam teſtamenti tempore præceſſis obſervatur, quibus legis Velleianæ ſecundum caput poſthumorum communia jura cavit, ſtatuens, ut avus eos teneatur hæredes inſtituere, vel exhæredare in ejus caſum, quo jura ſuitatis nanciſcantur, & ut præteriti in locum paternum ſuccedentes quaſi agnoſcendo rumpant teſtamentum juxta veriorem ſen-

tenriam quæ probatur ex textu *in l. gallus.* 29. *de liberis & poſthumis.* & §. 13. & 15. *l.* 3. §. 1. *l.* 13. *de injus. rup.* §. 3. *de exhæredatione liberorum*, cum aliis docent Coſta *in* §. 4. & *num.* 33. Cheſius *dict. lib.* 1. *interpretationum. cap.* 49. *in commentario ad l. gallus* §. 13. *num.* 11. ex quorum fundamentis facile occurri poteſt rationibus quibus nixi Antonius Faber *lib.* 6. *conjecturarum cap.* 19. & Pichardus *cum lect. ſalm ad l. gallus. cap.* 23. alio modo ſecundum legis Velleiæ capot explicarunt.

3 Verum huic doctrinæ opponitur textus *in l.* 6. §. *nepotes hoc tit. de hæredibus inſtituendis.* ubi docet Ulpianus quod nepores & deinceps cæteri poſſunt ſub omni condirione inſtitui, etiamſi poſtea ad filii conditionem rediguntur: ergo ſentit non rumpere teſtamentum, etiamſi rumpente conditione jura ſuitatis nanciſcantur, cui difficultati ut ſatisfaciat Valentia *illuſtr. tract.* 3. *cap.* 5. *num.* 3. aſſerit de nepotibus jam ſuis tempore teſtamenti à patre ſcilicet, non præceſſis accipiendum eſſe Conſultum, & illorum verborum, *e ſi redigantur ad filii conditionem*, eum ſenſum eſſe, ur nepos jam ſuus teſtamenti tempore poſſit ſub omni reſtamenti conditione inſtitui, etſi repreſentatione juris primum gradum, locum ſcilicet filii obtineat; quæ ſolutio iu tantum textui non quadrat, ſed & omnino repognat; miror ſanè doctiſſimum virum non vidiſſe, Conſultum diſertè loqui de nepotibus jam natis tempore teſtamenti, ut potè qui præceſſis, & nondum ſuis, quod ſuadent non ſolum relata textus verba, à quibus recte ſe expedit, ſed & priora, quæ nec dubitandi cauſam relinquunt, *ibi nepotes autem & deinceps cæteri qui ex lege velleia inſtituti non rumpunt teſtamentum*, quæ cum convenire non poſſint nepotibus jam ſuis tempore reſtamenti ut potè qui adhuc poſt legem velleiam præteriti non obſiſtunt teſtamenti validitati, ut nuper diximus neceſſario nepotibus, quo tempore ſupremum conditum clogium uondum ſuitatis juris gaudium habent, debent adaptari, qui præteriti in locum parentum ſuccedentes ad inſtar poſthumorum rumpunt teſtamentum *dict. l.* 13. *de injus. rup. cum ſimilibus.* nec felicius difficultatem diluit Coſta *in* §. & *quid* 5. *num.* 43. litteram textus mutans, *prout ſi redigantur* legens, Conſultum, de omnibus nepotibus tam præceſſis quam ſuis tempore teſtamenti accipiens illam ejus eſſe ſententiam contendens quod hi, qui antequam ad filii conditionem redigantur ex lege Velleia ſolum ſub facili conditione ad ſimilitudinem poſthumorum poſſunt inſtitui, ubi ſemel ad filii conditionem fuerint redacti, cum & omni in jure poſſint præteriti taliter & ſub conditione inſtitui.

4 Sed licet ſubtilem eſſe fatear hanc interpretationem, tamen ut ei acquieſcam juris noſtri religio non ſinit, quare ex nuper adductis principiis ſuperiorem difficultatem faciliter diſſolvi poſſe puto, ſi dicamus, quod Conſultus in prioribus verbis textus *in dict. l.* 6. §. 1. ſolum dicit utilem ab initio eſſe inſtitutionem, etſi nepotes, & deinceps cæteri qui ex lege Velleia inſtituti non rumpunt teſtamenta ſub qualibet conditione inſtituantur, quod nos verum eſſe fatemur, nam & veri poſthumi, quorum vices ex legis Velleiæ diſpoſitione ſubire ſupra diximus, ab initio ſub quacumque conditione poſſunt inſtitui, non verò diſputat de effectu conditionis, ſive ex eo diſputare procul dubio reſpondiſſet, quod ſi pendente conditione jura ſuitatis fuiſſent adepti adhuc conditione rumperent teſtamenrum ad inſtar poſthumorum *l.* 24. *de liberis & poſthumis.* quæ interpretatio liquet ex ipſius verbis textus ibi *inſtitui poſſunt.* quæ ſolum inſtitutionis initium cernunt nec poſteriora illa verba, *etſi redigantur ad filii conditionem* aliud ſuadent, quorum hic eſt ſenſus, ut ſcilicet, nepotes, patre de medio ſublato jura ſuitatis conſequantur, non ideo minus videantur ab initio utiliter inſtitui: cujus rei hic eſt effectus, ut ſi eo tempore conditio jam ſteterit, adhuc conſiſtat inſtitutio, ex *l.* 22. *de liberis & poſthumis.* quæ ſi ab initio fuiſſet inutilis, nec eo quidem caſu videtur exitum poſtea fortiri, nam quæ ab initio inutilis eſt inſtitutio ob vitium præteritionis, etſi ſit conditionabis, non poteſt ex poſt facto jure civili inſpecto convaleſcere, ut probat elegans textus *in l.* 3. §. 14. *de bonis liberorum ad l. quæ pen. de regul. juris. Arias* 3. *variarum reſolutionum cap.* 2. *num.* 1. & 6. *cap.* 10. *num.* 1. *cum* 5. *ſequentibus.* licet enim Catonis regula ad conditionales inſtitutiones non pertineat *l.* 4. *de regula Catoniana.* de cujus conciliatione *in l.* 3. *eodem tit.* omiſſis variis interpretationibus quas convincit Cujacius *lib.* 5. *quæſtionum Papiniani in l.* 3. & *lib.* 4. *obſervationum cap.* 5. omiſſa etiam ipſius Cujacii emendatione & *in l.* 3. *omiſſa ſententia* Fabri 13. *conjecturarum cap.* 1. quem ſequitur Oſſualdus *ad* Donellum 8. *commentariorum cap.* 13. *littera Q.* videndi ſunt Cheſius 1. *interpretationum cap.* 3. *num.* 27. & præcipuè *ex num.* 37. Oroz. 1. *de apicibus per totum.* quæ tamen ab initio inutilis eſt inſtitutio non ex vi regulæ Catonianæ quæ tempus mortis jungit cum tempore facti teſtamenti ſed ex defectu alicujus ſolemnitatis à jure civili requiſitæ, vel ex eo hæres inſtitutus ſit, ex parte civitatis Romanæ, & ſic ſub conditione concepta non poteſt tractu valere temporis ut textus probat *in l.* 49. §. 1. *l.* 59. Oſſualdus ad Donellum 8. *commentariorum cap.* 17. *duplici littera B B.* & 8. *cap.* 13. *littera G.* & *E* Cheſius 3. *interpretationum cap.* 1. *num.* 23. eſt ut ſcilicet inſtitutio nepotis à patre præceſſi ſub qualibet conditione concepta, quæ ab initio utilis eſt, non ex eo ſolum reddatur inutilis quoad filii conditionem fuerit redactus, nam ſi jam fuerit impleta conditio adhuc ſubſiſtit, & ex contrario ſi non ſit impleta, ſit inutilis.

Hactenus quomodo procedat in ſuis hære- 5
dibus, quaſi per indicem explicuimus, jam ad extraneos redeamus, qui abſque dubio ſub qualibet conditione rectè inſtituuntur ac proinde ſub incerto die, ſive ſit ſimpliciter talis, qui an venturus ſit ignoretur *l.* 36. *de vulg. & Pup. cum aliis.* ſive ſit venturus & an vivo hærede extiturus ſit ignoretur *l.* 28. *de liberis & poſthumis l.* 38. *hoc tit. l.* 104. §. 6. *de legatis* 1. §. 2. *l.* 75. *l.* 79. §. 1. *de conditione & demonſtratione.* ſicuti & conditio, quæ omninò extitura ſit, in teſtamento conditionalem reddit diſpoſitionem, *l.* 13. *quando dies leg.* quam-

vis

vis aliàs conditio, quæ omnino extitura eſt, non reddat abſolutè contractum conditionalem. *l. 9. §. 1. de novationibus.* ut ſentit Donellus diſcriminis rationem tradens *lib. 8. comment. cap. 31. & 15. cap. 11.* & ſimul pleroſque effectus *l. 17. l. 18. l. 60. de condit. indeb. l. 8. §. 1. de commodo & periculo rei vendita,* & coſta 1. *ſelect. cap. 17. & 18* cum aliis authoribus docet Retes *in acad. de verborum obligatione obſerv. 2. parte 2. conſectareo num 4. & 5.*

6 Ex qua doctrina facilè intelligitur textus *in l. 9. C. hoc tit.* in quo prout in vulgatis codicibus habetur, extraneus etiam cum quis morietur, hæredem inſtitui poſſe reſpondent interpretes, quem textum Donellus ibidem & alii plures quos refert & ſequitur Gomez *tom. 1. var. cap. 2. num. 11.* accipiunt de inſtitutione in ultimum vitæ momentum hæredis collata, quam in eo conſiſtere credunt, quia cum is dies vivo hærede neceſſario exiturus ſit pro certo & ſupervacuo inſuper habetur contra noſtrum textum & ad confirmandum utuntur exemplo legati in ultimum inſtans vitæ legatarii collati, quod non conditionale ſed in diem certum relictum non poteſt non cenſeri *dict. l. 79. in principio de conditione & demonſtratione l. 4. §. 1. quando dies leg.* quæ ſententia ſane parum congruit juris noſtri principiis, juxta quæ inſtitutio in ultimum vitæ momentum collata inutilis eſſe debet, nam teſtator qui in illud inſtans confert inſtitutionem; animum non habet dandæ hæreditatis, quam nec tunc poteſt hæres adire, nec non aditam ad hæredes tranſmittere ex regula textus *in l. qua unica §. 5. verſiculo hereditatem C. de caducis tollendis cum ſimilibus.* quemadmodum & libertas quæ omnibus rebus favorabilior eſſe debet, vel dicitur *in l. 122. de reg. juris.* eadem ratione in ultimum vitæ tempus inutiliter relinquitur *l. 17. l. ult. C. eodem tit. l. 4. §. 1. de ſtat. lib.* Amaya 20. *obſervationum cap. 41. num. 24.* Nec obſtat, imo noſtram ſententiam confirmat paritas deducta ex legato, quod ideo in ultimum vitæ inſtans rectè confertur quia tunc cedere poteſt, & ubi ſemel ceſſit nondum agnitum ad hæredes tranſmittitur *dict. l. 4. §. 1. l. 5. in principio quando dies leg.* unde & legatum reddit intranſmiſſibile, veluti uſusfructus *l. 15. eodem.* non rectè in ultimum vitæ momentum relinquitur *l. Titio. dict. l. 79. §. quamvis de conditione & demonſtratione.* quare hac ſententia & omiſſis aliis explicationibus ſubtilliſſimi Goffredi *in l. 34. hoc tit. num. 11. cum duobus ſequentibus.* breviter amplector ſententiam Conani *lib. 4. comment. cap. 16.* qui ait inſtitutionem factam ſub conditione in tempus mortis alicujus tertii collata, quæ utilis eſt, quaſi ſub conditione appoſita, *dict. l. 8. de liberis & poſthumis cum aliis,* & de extraneo hærede loquutos Imperatores; docetque in ſuis hæredibus doctrinam ſuperiorem non indiſtinctè, ſed jam obſervato diſcrimine procedre.

7 Succedit jam exponenda noſtræ regulæ poſterior & difficilis pars, in qua ex Papiniano *in l. 34. hoc tit.* docet Imperator quod ex certo tempore vel ad certum tempus hæres inſtitui non poteſt, veluti *poſt quinquenium quam moriar, vel ex Kalendis illis, vel ad Kalendas hares eſto,* ſed dies adjectus pro ſupervacuo habetur, & vitio temporis ſublato manet inſtitutio, & quidem ubi dies certus apponitur inſtitutioni, tamquam terminus, ad quem expedita eſt res, etenim ex eo rejicitur quod, alias paterfamilias pro parte temporis teſtatus, & pro parte inteſtatus decederet, quod jus noſtrum in paganis non patitur *l. 7. de reg. juris l. 41. de teſtamento milit. §. 5. hoc tit.* accedit alia non minus vera regula quæ habet, quod qui ſemel eſt hæres, non poteſt deſinere eſſe hæres *l. 88. hoc tit.* argumento textus *in l. 34. de adoptione.* docent Faber *de errore pragmat. decade 24. error. 1.* Shiferdegus *lib. 3. tract. 13. quaſtione 1. per tot.* & alii quos refert Valentia 3. *illuſtr. tract. 4. cap. 1. num. 21.* ex quibus rationibus etſi huc uſque in diem certum, vel uſque ad conditionem paganus teſtatur, hæredem inſtituerit, pariter rejecto temporis, aut conditionis vitio ſubſiſtit inſtitutio, ut probant pro argumento ſpeciali textus *in l. 5. §. 4. l. 19. §. fin. dict. l. 41. de teſtamento mil.* & ſubtilis advertit Goffredus *in dict. l. 34. num 2. & 3.* quod idem licet ex alia ratione olim in legatis procedebat, quæ etſi ad tempus relinquerentur perpetua erant *l. 55. de legatis 1.* donec noſter Juſtinianus *in l. ult. C. de legatis* noviter conſtituit, ut legata relicta ad tempus, eo adveniente extinguerentur, de qua re, quæ ſane ſumma eſt, & difficilis & ad rem noſtram non ſpectat, conſulendus Duarenus *in l. 1. l. 5.* Donellus *in dict. l. 1. referenda ad deciſiones Juſtiniai in eadem l.* & Ramos *in dict. l. 1. de vulg. num. 3. & num. 5.*

8 Ubi autem dies certus inſtitutioni adjicitur tamquam terminus à quo non ita expedita res eſt, namque laborant interpretes ut inter inſtitutionem conceptam ſub conditione, & factam ex certo die diſcriminis rationem aſſignent. Omiſſo Conano *dict. tit. 10. comment. cap. 6.* Gofred. *in dict. l. 34. num. 1.* Cujac. *1. definitio. Papiniani.* Antonius Faber. *lib. 15. conjectur. cap. 7. & error. pragmat. decade 27. error. 1. dict. l. 2. tract. 4. cap. 1. num 25. & 26.* Oſſuald. ad Donellum *lib. 6. cap. 18. littera B.* & Valentia *dict. lib. 2.* ex eo diſcrimine oriri contendunt quod ſucceſſio hæredis quæ debet eſſe continua, & nullo temporis ſpatio interrupta *l. 54. de acquir. hared.* non interrumpatur per inutilem conditionem, exiſtenſque conditio retrotrahatur ad tempus mortis teſtatoris, *l. 58. in principio de teſtamento mil.* ex textu *in l. 8. in principio. verſiculo quod ſi pendente de periculo & commodo. l. potior 11. §. 1. qui potior. in pign.* interrumpitur verò per inſtitutionem factam ex certo die, qui non admittit retrotractionem, quia tempus alio inſtanti ſemper incipit, quod referentia inſtantia recurrere, cum medium tempus conſtitutionem extremorum impedit, unde licet conditio adjecta inſtitutioni ſit ſpectanda, quia continuatæ ſucceſſioni non obſtat, dies inſtitutioni certus appoſitus, qui ſucceſſionem interrumperet, rejicitur, ne alias contra juris regulas paterfamilias interrupta ſucceſſione pro parte temporis teſtatus, & pro parte inteſtatus decedat, quam differentiam quæ mihi aliquando placuit hic referam, cum actiones omnes debeant eſſe de poſſibili licet ſint de falſo *l. ſi paterfamilias 15. §. fin. cum l. ſequenti*

ti de adoptione l. 13. *in principio. l* 14. §. 1. *de iner in jure facto* Antonius Faber *de errore pragmat. decade* 30. *error.* 2. *num.* 16. ſtat optimè, quod exiſtens quandoque conditio ad tempus mortis teſtatoris retrotrahatur, quia licet falſum ſit dicere conditionem eo tempore extitiſſe, quo nondum extitit, tamen non eſt impoſſibile, nam potuit jam tuoc extiuiſſe, cum ejus exiſtentiæ nullus præciſus ſit dies, quod ſofficit, ut retrotractionis fictioni ſit locus exemplo rem illuſtrabam, ſi fuerit adjecta inſtitutioni hæc conditio, *ſi navis ex Aſia venerit*; quandocumque fuerit retrocreditur jam mortis teſtatoris tempore extitiſſe, quia licet falſum ſit dicere navem ex tempore quo nondum ex Aſia venerit, jam veniſſe, tamen non eſſet impoſſibile, cum potuerit jam veniſſe; non idem de certo die dici poteſt, qui ideo ad tempos mortis teſtatoris non poteſt retrotrahi, quia non ſolum falsum eſſet dicere eo tempore diem veniſſe, quo nondum advenerat, ſed eſt impoſſibile, ut ſi ita fuerit inſtitutio *ex Kalendis Maii Titius heres eſto.* & teſtator Kaleudatum Aprilis diem ſuum obierit, non poteſt dies Kalendarum Maii, ubi advenerit retrotrahi ad tempus mortis teſtatoris, & ſic ad Kalendas Aprilis quia non ſolum abſurdum, ſed impoſſibile eſſet dicere Kalendas Maii adveniſſe Kalendis Aprilis, cum unæquæque Kalendæ certum & deſignatum habeant diem, qui impedit retrotractionem.

9 Hæc autem ratio differentiæ communi ſcholæ plauſu ab Anteceſſoribus noſtris hucuſque recepta, nunc mihi diſplicet, nam & fateor ex jam dictis potuiſſe retrotractivam conditionem inducere, eam tamen induxiſſem, conſtanter aſſeto; nunquam enim apud Conſultos conditionem retrotrahi legibus, ſed potius acta ſub conditione geſta, poſt ejus exiſtentiam, etſi poſtea poſt obſtaculum veritatis ſublatum perinde haberi ac ſi purè & ſine conditione ab initio geſtum fuiſſet, ut in terminis contractus probat textus *in dict. l.* 8. *de periculo & commodo rei vendita. l.* 21. §. 1. *qui potior in pign.* ex quibus hanc ſententiam tenent Antonius Faber *lib.* 10. *conjecturarum queſtione* 7. Oſſualdus ad Donellum *lib.* 9. *commentariorum cap.* 6. *littera F.* & in terminis inſtitutionis diſerti ſunt textus *in l. ult.* §. 1. *de vulg. l.* 26. *de conditione inſt.* quam fictionem in contractibus in diem celebratis certum inducere quidem jus potuit, cum nihil prohibeat poſt diei eventum peinde haberi contractus, ac ſi ab initio ſine die geſtus fuiſſet, ſed non tamen induxit, fortaſſis, quod eatenus fictiones induxit, quatenus neceſſitas exigit, ut ſubtiliter Valentia *lib.* 2. *illuſtr. tract.* 3. *num.* 37. & Oroz *tit.* 1. *de apicibus cap.* 8. *num.* 17. nulla verò ſubſiſtit, ejus inducendæ neceſſitas, cum ea inſuper habi a contractus, cui certus dies adjicitur an e ejus adventum ab initio obligationem, & actionem producat *l.* 46. *de verborum obligatione* §. 2. *inſt. eodem* Donellus 15. *commentariorum cap.* 8. & ibi Oſſualdus *littera D.* ex qua doctiina ſummè difficilis redditur noſtri Juſtiniani doctrina, nam fictionem hanc, qu m in contractibus defectus neceſſitatis excludit in inſtitutione facta ex die certo, neceſſitas exigit: ergo quemadmodum inſtitutio conditionalis exiſtente conditione ab initio purè concepta retrocreditur, ut evitetur ſucceſſionis intertupiio, pariter & inſtitutio facta ex certo die poſt ejus adventum ab initio purè, & ſine die facta debet retrogredi, ut ſucceſſionis continuitas inducatur, atque inde dies certus inſtitutioni adjectus expectandus eſt omnino; ſicuti & expectatur conditio.

Cui difficultati ut occurram, & ſimul Juſtinianom explicem, veriſſimam cenſeo ſententiam Donelli *dict. lib.* 6. *commentariorum cap.* 18. & Gomez *tom.* 1. *var. num.* 8. qui rationem diſcriminis inter conditionalem inſtitutionem, & factam ex certo die ex diverſa conditionis, & diei natura deſumunt. 10
Conditio ex ſuæ naturæ diſpoſitione, cui adjicitur, omnino ſoſpendit, & differt, in incertum diem eventum, nec ſolom executionem, ſed & ſubſtantiam actus remoratur, ut notum eſt, unde hætes ſub conditione inſtitutus non poteſt ea pendente hæreditatem adire, poteſt verò ubi ea extiterit, nec tunc ſucceſſio interrumpetur, cum perinde habeatur inſtitutio, ac ſi purè fuiſſet concepta *dict. l,* 26. *de conditione inſt.* at ex contrario dies certus numquam vi aut effectu juris differt *l.* 46. *de verborum obligatione. l.* 21. *quando dies l.* 113. *de verb. ſignif. l.* 5. *de novationibus*, ſed executionem tum demum differt cum gratia alicujus adjicitur, ut puta in contractibus regulariter favore debitoris *l.* 38. §. 16. *de verborum obligatione.* & idem eſt in ultimis voluntatibus *l.* 17. *de reg. juris* Maſius *lib.* 1. *opinionum cap.* 4. Larrea *tom.* 1. *deciſ. gran.* non numquam Legatarii *l.* 13. *de ann. leg. & in fideicommiſ. hæred.* 15. & 16. & aliquando creditoris *l.* 1. §. 45. *cum ſequentibus depoſiti.* & in legatis nonnumquam legatarii, aliquando fideicommiſſarii, argumento *l.* 3. §. 2. *in fin. de fideicommiſ. argumento l.* 3. §. 3. *de uſuris.* cum verò in nullius gratiam adjicitur, nec executionem quidem ſuſpendit, imo pro ſupervacuo habetur, ſi quidem hæc dilatio tam debitori quam creditori nocet, legatario ſcilicet, & hæredi, creditori ut potè ejus maximè ſua intereſt, ut habeat eum qoo congrediatur *l.* 1. *in principio de ſucceſſione ex dict.* §. *cum igitur inſt. de bonorum poſſeſſione.* ſolum legitimis hæredibus prodeſſe poteſt, quia nequit teſtator à ſuo teſtamento leges amovere *dict. l.* 55. *de legatis* 1. ergo dies adjectus or pote ob nullam cauſam factam pro nudo teſtatoris præcepto habetur, ac proinde nullius momenti eſt ex regula textus *in l. filius* 114. §. 14. *de legatis.* 1. junctis pluribus, quæ tradit Valentia 3. *illuſtr. tract.* 6. *lib.* 1. ex his apparet in eo convenire inſtitutionem conditionalem, & factam ex die quod in utraque rejicitur conditio & dies, in eo tamen differt quod in illa expectatur eventus conditionis, & ubi ſteterit rejicitur, ac ſi purè facta fuiſſet *l.* 54. *de acquir. hæred.* in hac dies non expectatur, ſed ab initio rejicitur.

Subtilem hanc textus noſtri rationem elegaoter nec ad rem adhuc expenſo fundamento confirmo, & ecrti juris eſſe certum diem in nullius gratiam adjectam non expectari ſed rejici ex eo manifeſtè colligo, quod hæres in certum diem hæreditatem reſtitoere rogatus, ſi quidem ſpontè adierit, poteſt 11
ante

ante diem actus reſtitutionis expedire ex ge-
nerali regula textus *in dict. l.* 138. §. 16. *de*
verborum obligatione in quo maxime diſtat ab
eo, qui ſub conditione vel in certum diem
hæreditatem reſtituere rogatus ſit, textus *in*
l. 20. *ad Trebell.* cum Donello 7. *commentario-*
rum cap. 20. *&* 22. Dominus Ramos *in*
ac·ad. ad dict. l. de vulg. num. 22. niſi
dies in gratiam hæredis expreſſus ſit, *l.* 12.
C. de fideicomiſ. quam ita expoſuere Donel-
lus *in ea laurea dict. tit.* 1. *deciſ. gran. de-*
ciſione 10. *num.* 47. *& deciſione* 15. *num.* 7.
& 10. non tamen cogitur ante diem hæredi-
tatem reſtituere *dict. l.* 1. quia io ejus favorem
dies fuit adjectus, ut interim hæreditariis
commodis fruatur ſi verò ſuſpectam dixerit
hæreditatem, ſtatim eam adire & non expe-
ctato fideicommiſſario cogitur reſtituere,
dict. l. t. §. 9. *l.* 6. §. *fin. l.* 16. §. *cum*
quidam ad Trebell. non poteſt ob aliam ra-
tionem, niſi quia reſtitutionis dilatio quæ ei
utilis eſſe non poteſt, quicumque ſupremas
defuncti deſtituerit preces, nullum commo-
dum ex teſtamento poteſt conſequi *l.* 14. §.
4. *l.* 27. §. 2. *l.* 55. §. 3. *ad Trebell.* fidci-
commiſſario nocere non debet, cum ex eo
quod hæres ſuſpectam dixerit hæreditatem *l.* 9.
§. 25. *quando dies*: ergo ſequeretur quod ad-
jectus eſſe ex poſt facto apparuerit: ergo ge-
neraliter certum diem ex nullius gratia, &
ſic ob nullam cauſam adjectum oon expecta-
ri, ſed rejici, ac proinde inſtitutioni appo-
ſitum pro ſupervacuo haberi, cum in nul-
lius favorem ſit adjectus ut ouper dice-
bam.

12 Sed objicitur manifeſtè quod obi ex certo
die ſit inſtituiio, dies adjiciiur in favorem
veuientis ab ioteſtato, ur ſi contigiſſet hæ-
redem ante aditiooem hæreditatis deeedere,
legitimis hæredibus ſit locus: ergo dies ad-
jectus ut potè in favorem ad inteſtato veni-
entium appoſitus non poteſt pro ſupervacuo
haberi; creſcit difficultas ex eo, nam ſi hæ-
redi ex certo die inſtituio cohæres purè ſit
datus vel ſubſtitutus, dies procul dubio in
gratiam cohæredis vel ſubſtituti, debet ad-
jectus cenſeri, ad hoc ut ſi ſubſtitutus, ante
diem deceſſerit, cohæredi pars hæreditatis ae-
creſcat, aut ſubſtituto tota hæreditas defe-
ratur. ergo in hae ſpecie certus dies io gra-
tiam cohæredis aut ſubſtituti, ſi non inſti-
tutionem, ſaltem aditionem hæreditatis de-
bet ſuſpendere: roboratur aſſumptum hac
conſideratione, legatum uſusfructus ex certo
die relictum ideo ante diem non cedii, quia
ad hæredes non transfertur *l.* 2. *&* 3. *quando*
dits. l. 5. §. 1. *eodem.* ſed hæreditas nondum
adita non tranſmittitur ad hæredes *l. unic.*
§. 5. *C. de cad. tollend.* ut laiè Gomez *dict. l.*
var. cap. 9. *per totum* & Velleia *l.* 7. *deciſ.*
31. *per tot*: ergo quemadmodum dies
adjectus legato uſusfructus ejus cautionem
differt, quia ad hæredes non transfertur,
ſic pariter in inſtitutione appoſitus debet adi-
tionem hæreditatis, quæ non adita non trans-
mittitur, in eum finem differre, ot ſi in
eum interim hæres inſtitutus deceſſerit, cohæ-
redi aut ſubſtituto, vel his deficientibus
ab inteſtato venientibus deferatur hæreditas.

13 Hujus difficultatis, quam alto ſilentio om-
nes, quos videre licuit omittunt, ſolutio peo-
der, ni ſallor ex natura certi diei, quæ ea
eſt, ot dixi, jam executionem tum demum
ſuſpendit cum in gratiam alicujus adjicitur,
cui poſſit interim commodum afferre dilatio,
at in præſenti aditionis dilatio ioterim nec
legitimis hæredibus poteſt prodeſſe, quibus
quamdiu teſtamento ſucceſſio ſpetatur ad le-
gitimam ſucceſſionem præcluditur aditus *l.* 34.
de acquirenda hereditate cum ſimilib. uec co-
hærendi purè inſtituto commodum afferrè po-
teſt, qui qoamdiu poteſt admitti, cohæres
ſolum ad partem hæreditatis vocatur *l.* ſi pars
hæredi petat *l.* 26. §. 1. *l.* 30. *de conditione*
& demonſtratione. juncto Fabro *de error. pragm.*
decade. 49. *error.* 10. *per totum.* & multo
minus ſubſtitutio, cui quandiu poteſt inſtitu-
tus admitti oon deferri hæreditatem explora-
tum eſt. *l.* 3. *l.* 69. *de acquir. hered. l.* 2. §.
4. *de bonorum poſſeſſione ſecundum tabulas*; nec
quod hæres ex die inſtitutus poſſit aute diem
decedere in ea cauſa eſſe poteſt, ut hæredi-
tatis aditio in gratiam venientium ah inteſta-
to, aut cohæredis vel ſubſtituti deferatur,
tum quia in hunc finem diem inſtitutioui
adjicit teſtator, ſi in illum potius, ubi in-
terim circa juris diſpoſitionem legitimi hæ-
redis admittantur ad hæreditatem, quomodo
hanc inſtitutionem in teſtamento militis, in
quibus civilibus ſubtilius neglectis, ſolius vo-
luntatis ratio habeiur, Conſulti interpretan-
tur, *in dict. l.* 15. §. 41. *in teſtamento mi-*
lit. tum quia ſi ea ratione dies inſtitutioni
adjectus difert aditionem hæreditatis, omni-
no redder ioſtitutionem conditionalem, &
eam in incertum eventum ſuſpenderet, ſci-
licet, inſtitutus ad diem pervenerit, ac pro-
inde operatur, eirca oaturam ſuam, quæ ea
eſt, ut diſpoſitionem cui adjicitur, non poſſit
conditionalem efficere, ſic docet, licet non
ſic explicet, Antouius Gomez *dict.* 1. *tit. var.*
cap. 2. *num.* 8. nec obſtat paritas deducta *ex*
dict. l. unica §. 3. *quando dies uſusfructus cum*
aliis; nam dies certus differt quidem ceſſio-
nem legati oſusfructus, quia cum proprius
effectus ceſſionis ſit tranſmiſſio ut docet do-
miuus *Puga* 7. *reſponſionum Papin. in l.*
76. §. *ſevus* 4. *de legatis* 2. & legatum uſus-
fructus adhuc poſt ceſſionem non poteſt ad
hæredem tranſmitti *l.* 26. de uſufructu *l.* prius
quis dixiſſet, ante diem cederet ut Ulpianus
in dict. l. 3. *de ſervit. & lib.* t. *quaſtionum*
Papin. in l. 3. Douell. 10. *comment. cap.*
20. Antonius Faber 19. *conject. cap.* 16. *& in*
rationali ad textum. in dict. l. unica §. 12. *&*
3. *quando dies uſusfructus. hotom.* 7. *obſervation.*
cap. 2. Caſtillo *de uſufructu. cap.* 8. *num.* 2.
non verò ſuſpendit delationem hæreditatis
cum inſtitutioni adjicitur ex jam dictis, nec
fruſtra differtur à morte teſtatoris hæreditas,
quam prævia aditione poteſt ioſtitutus ad hæ-
redes tranſmittere.

Ex his itaque apparet, quod licet legatum 14
in certum diem aditum quod attiner ad ceſ-
ſionis caſum pure relictum intelligitur *dict.*
l. 1. §. 1. *quando dies leg. de cujus conciliatione*
cum l. ſi ita 41. §. 1. *de legat.* 2. videndus Coſta
lib. 1. *ſelect. cap.* 20. tamen legaium uſusfructus
in diem relictum ut potè intraſmiſſibile antè
diem non cedit, unde certus dies perindè ſuſ-
pendit

pendit ceſſionem legati uſusfructus , ac incertus , ſeu quælibet conditio , qnod idem ex eadem ratione in libertate in diem certum relicta obſervatur , quæ ante eum non cedit , cum nec poſſit ante competere *l.* 45. *de cond. & demonſt. l.* 41. *de manum. teſtamento* juncta regula textus *in l. unica de libertate* 6. *C. de caducis tollendis* ubi D. & Dom. Puga & Donell. 1. *reſponſ. Papin. in dict. l.* 76. §. 4. *de legatis* 2. Oroz. 1. *de apicibus cap.* 1. *num.* 8. nec quoad cauſam ceſſionis diſtat à libeetate in diem incerium relicta , ut mihi probat textus *in l.* 68. §. *penult. & ult. de legatis* 1. ac per conſeqnens in legato jure relicto ei ſervo qui in diem certum liber juſſus eſt , quo ante diem libertatis veniente cedit ex regula textus *in l.* 7. §. *fin. quando dies legat.* elegans textus *in l.* 30. §. 2. *de legatis* 3. *l.* 82. *de cond. & demonſt. & l.* 3. *quando dies legat.* omiſſis Cujacio *tit* 36. *ff. Julian. in dict. l.* 91. §. 1. & Valentia *dict. lib.* 3. *illuſtr. tract.* 1. *cap.* 3. *num.* 5. *& num.* 10. conſulendus Gofredus *in dict. l.* 30. §. 2. *de legatis* 3. cujus doctrinam illuſtrare ſoleo ex eleganti textu *in l. Titio* 79. *dict. l.* 29. juncto ibi Cujacio *libro* 37. *quaſtionum Papin.* ex quibus principiis nova luce fortuſſis feliciter illuſtrandum cenſeo difficilem , licet vulgarem textum *in l. quoties* §. *ſi ſervus* 87. *de hæredibus inſtituendis. hoc tit.* ubi ait Ulpianus quod ſi ſervus ex die liber eſſe juſſus & purè hæres inſtitutus , ſi quidem in eadem cauſa manſerit , veniente die libertatis , quæ hæreditatem moretur , licet neceſſarius , & hæres neceſſarius ſit : ergo ſentit certum diem adjectum inſtitutioni omnino expectari debere , nec pro ſupervacuo habere contra noſtram ſententiam ; Cui difficultati omiſſa Accurſii ſolutione , quem ſequitur Cujacius *tract.* 2. *ad Afric. in l.* 33. *de vulg.* alii quos refert & ſequitur Oſſualdus ad Donellum *dict. lib.* 6. commentariorum *cap.* 18. litera D. Reſpondeo in præfata ſpecie non certum ſed incertum diem inſtitutioni fuiſſe adjectum , quod probo non ſolum ex eo quod conſiderat Valentia *dict.* 3. *tract.* 1. *cap.* 2. *num.* 8. ſcilicet eam inſtitutionem ſic accipiendam , ac ſi ſcripſiſſet teſtator , *cum liber erit.* ſed ex eo potius , quod cum dies certus , & libertas in diem certum relicta perinde accipitur , ac ſi dixiſſet teſtator , *ut ad Kalendas pervenerit liber eſto.* utile eſt , & inſtitutio , quæ ut utilis ſit præcisè differri debet in tempus competentis libertatis , *l.* 3. §. 1. *l.* 38. §. 2. *hoc tit.* juncto Valentia *epiſt. exercitationum ad Fabrum exercitatione.* 8. *per totam* ita eſt accipienda ac ſi teſtator ſcripſiſſet *ut ad Kalendas pervenerit hæres eſto.* qua forma conceptam inſtitutionem conditionalem eſſe , utpotè ex die incerto factam probat textus *in l.* 4. *in principio de conditione inſtituenda. dict. l.* 33. *de vulg. l.* 49. §. 2. *&* 1. *de legat.* 1. *dict. l.* 22. *quando dies legat.* in quibus ita concepta inſtitutio *ut ad* 14. *vel* 16. *annos perveneris hæres eſto.* conditionalis eſſe dicitur non ob aliam rationem , niſi quia poteſt evenire , ut inſtitutus ante ceſſionem decedat , nam merito reſpondet Ulpianus diem libertatis hæreditatem morari , ac proinde non inſupee habendum ſed omnino expectandum eſſe.

15 Illud. pro exacta *dict.* §. intelligentia ſupereſt admonendum ſcilicet ejus ſententiæ fundamentum procedere Ulpianus ſcribit cum ſervus in eadem cauſa manſerit , quo caſu dies libertati adſcriptus , hæeditatem moratur ; at ſi fuerit à teſtatore manumiſſus , vel alienatus confeſtim non expectato die , vel ſuo arbitrio , vel domini juſſu adire hæreditatem poterit , ut ſubjungit idem Conſultus ſic intelligendus *in* §. *ſed ſi* 19. *& l.* 9. *hoc tit.* tum quia ut ſubtiliter conſiderat Gofredus *in dict.* §. 17. *num.* 11. adempta libertate teſtamentaria per manumiſſionem , vel alienationem dies certus ſoli inſtitutioni adjectus invenitur , ac proindè expectandus eſt circa noſtri textus regulam , tum etiam quia non inſtitutioni , ſed libertati fuit appoſitus , & licet eo caſu , quo ſervus in eadem cauſa magis in inſtitutione credatur repetitus , ut ea utilem poſſit exitum ſortiri , tamen ubi fuit manumiſſus vel alienatus , repetitus intelligitur , cum ea repetitione ceſſante , ſive libertate , quæ jam manumiſſo , vel alieno nomine fruſtra & inutiliter relicta deprehenditur , conſiſtere poſſit inſtitutio , ſicut ex eadem ratione quoties ſervus ſub conditione liber eſſe juſſus , & purè ſcriptus hæres eſt , licet quando in eadem cauſa magis inſtitutio , aut utilis ſit , in tempus exiſtentis conditionis ſuſpenditur *dict. l.* 3. §. 1. ſi tamen ante defectam conditionem manumiſſus , vel alienatus fuerit , ea non expectata ſuo arbitrio , vel juſſu domini poteſt adire hæreditatem *dict. l.* 38. §. 2. *cum* 2. *ſequentibus hoc tit.* huic tamen doctrinæ obſtat difficilis , nec vulgaris textus *in l. Julianus* 68. *de conditione & demonſtratione* ; *l. ſi quis* 12. §. *ult. de manumiſſo teſtamento.* pro quorum ſolutione videndus *in l.* 41. *de conditione & demonſtratione & in l.* 6. *dict. l.* 1. *num.* 4 *cum ſequentibus.* tum conciliat *l. tamen* 51. §. 1. *hoc tit. dict. l.* 29. §. 4. *de legatis* 3. jam regulam noſtri §. *num. ult.* in paganico teſtamento circa nimiam juris diligentiam ordinato indiſtinctè procedere oſtendimus , nunc breviter advertimur in teſtamentis militari jure confectis , quæ ſolent eſſe à teſtamentariis legibus immunia *l.* 1. *& per totum ff. & C. de teſtamento militis* Donellus 6. *commentariorum cap. ult.* ubi Oſſualdus *per omnes litteras* licere teſtatoribus hæredem inſtituere ex certo tempore, vel ad certum tempus , ita ut pro parte temporis inteſtati , vel pro parte temporis teſtati decedant *l.* 4. *l.* 15. §. 4. *de teſtamento militis. l.* 9. *C. eodem.* circa quam rem ultra interpretes noſtri tractatus dignam puto differentiam quæ invenitur inter inſtitutionem in teſtamento militis conceptam ſub conditione , & inſtitutionem factam ex certo die , ubi namque miles hæredem inſtituit ſub conditione , interim legitimi hæredes non admittuntur ad hæreditatem , at cum ex certo die hæredem inſtituit ante ejus adventum legitimis ſit locus. Hujus differentiæ ratio à nemine quem ſciam , quæ ſi ita nondum inventa fuit , ut puto ex ſuperioribus dictis , nam cum conditio ex ſui natura licet inutilis in nullius favorem adjiciatur , inſtitutionem , ſicut & aliam quamlibet diſpoſitionem ſuſpendit , at eo animo creditur miles conditionem adſcribere , ut inſtitutionem differat , nam ubi interim legitimis hæredibus conſulat , niſi ejus fuerit expreſſa voluntas ut conditione

pendente

pendente ad hæreditatem admittantur legitimi, textus ſic intelligendus *in dict. l.* 15. §. 4. *hoc tit. de hæredibus inſtituendis num.* 5. *cum* 4. *ſequentibus*, & ex contrario evincitur certus dies, cum ſolum actus executionem differat, cum in gratiam alicujus adjicitur, non poſſet inſtitutum à milite factum ſuſpendere niſi in gratiam venientium ab inteſtato crederetur adjectus, itaque ne inſtitutus ex die ante eum admittatur ad hæreditatem contra expreſſam militis voluntatem, neceſſario interim legitimis debet locus fieri ex voluntate teſtatoris, qui dum inſtitutionem in præciſam diem ſuſpendere voluit, utique & in gratiam venientium ab inteſtato, nec enim ad hæreditatem vocentur, diem creditur adjeciſſe, pariter miles aliquem hæredem inſtituere, & aliud ex eo tempore *dict. l.* 19. §. *fin. dict. l.* 41. *de teſtamento militis*; quo caſu poſterior hæres à priore relicta legata non debet *dict. l.* 19 §. *filius* nec in eo locum habet reſcriptum Severi, de quibus *in l.* 14. *de legat.* 1. has ſubtiliſſimas rationes, quas tradit Gofredus *in dict. l.* 19. §. *fin.* propter quas pro pleniori ejus textus intelligentia Conſulendi erunt Illuſtriſſimus Senator præſens & Comes Accademiæ noſtræ, Dominus Doctor, Franciſcus. Ramos in manuſcriptis *ad l.* 19. *de vulg. num.* 29. *cum ſequenti.* & poſt ejus ſcripta Cheſius *lib. interpret. cap.* 13. *num.* 15.

DON JOANNIS PUGÆ ET FEIJOO

JURISCONSULTI,

ET PRIMARII ANTECESSORIS SALMANTICENSIS,

TRACTATUS ACADEMICUS XI.

De prohibito concurſu lucrativarum cauſarum, ſive *ad §. ſi res aliena 6. & §. ſi cui fundus 9. inſtit. de legatis.*

CAPUT UNICUM.

SUBTILIS admodum, & difficilis de duplici cauſæ lucrativæ concurſu his juribus clauditur commentarius quem luculentis adeo tractatibus claſſici omnes illuſtrant, & poſt eos præceptor meus Retes 7. *opuſculorum cap. 6. per totum, & lib. 8. cap. ult.* ut otioſus forſitan poſſit videri noſter labor; ſed quia teſtante ſeneca; *veritas nondum eſt occupata, multum ex illa poſteris eſt relictum*, quæ ſedulo circa hanc rem excogitavi, eruditorum cenſuræ exponere non gravabor.

2 *In §. igitur ſi res aliena* 6. docet Juſtinianus quod ſi res aliena legata fuerit, & ejus rei dominus legatarius factus fuerit, multum intereſt, an ex cauſa lucrativa, an ex onetoſa dominium acquiſierit, ſi ex lucrativa extinguitur legatum, nam traditum eſt, duas cauſas lucrativas circa eumdem hominem, & circa eamdem rem concurrere non poſſe, ſi ex oneroſa, adhuc legatum conſiſtit, & legatario actio ex teſtamento competit: hujus ſententiæ, quam mille juris teſtimonia conferunt, à quibus, quia & vulgaria, & à claſſicis referuntur, abſtineo, deciſiva ratio ex eo provenit, quod cum legatom rei propriæ legararii ex regula Catoniana, ſit inutile *l.* 39. §. 2. *de legatis* 1. *l. Nevius* 66. §. *fundo* 6. *de legatis* 2. *l. proprias* 13. *C. hoc tit.* adeo ut nec reſpectu æſtimationis ſubſiſtat §. *ſed ſi rem* 10. *inſtit. de legat.* ubi quia legatarios dominium rei legatæ acquiſivit ex cauſa lucrativa, ad eum caſum pervenit legatum, à quo incipere non poteſt, & à quo implicat continuare, ac proinde evaneſcit, tam reſpectu rei, quam æſtimationis ex generali regula deſumpta *ex l. 3. §. de his, qui pro non ſcript. l.* 140. §. *ult. de verborum obligatione*, ubi elegantee Donellus; & quoties legatam rem ex cauſa oneroſa quæſivi, perveuit quidem legatum ad caſum à quo incipere non poteſt, cum certum ſit, rem propriam legatarii ex cauſa oneroſa tempore teſtamenti inutiliter ei legari, non tamen implicat legatum continuari, quia legatarius nec rem, nec æſtimationem poſſit nanciſci, poteſt enim quod ſibi abfuit, ut rem acquirerer, conſequi, aut partem pretii, quæ ipſi abeſt, nec videtur res in ejus poteſtatem perveniſſe *l.* 4. §. 12. *de uſucapionibus cum ſimilibus.* ac per conſequens legatum non extinguitur, cum conſtet non extingui, etſi ad eum caſum pervenerit à quo incipere non poteſt, quoties ſuperveniens caſus, cœpti negotii non impedit continuationem circa vulgarem textum ſic intelligendum *in l.* 85. §. 1. *de reg. juris* cum Donell. *in dict. §. ult. de verborum obligatione* ſic cum pluribus; licet non ita explicet Dominus Retes *dict. lib. 7. opuſculorum. cap. 6. num. 8. cum 5. ſequentibus.*

Huic Imperatoris doctrinæ ſic fultæ opponi vulgo ſolet difficilis *l.* 18. *de obligatione & actione.* ubi ſi is qui Stichum dari, ſtipolatus fuerat, hæres extiterit, ei cui ex teſtamento idem Stichus debeatur, ait Julianus neutram actionem extingui; cum tamen utraque ex cauſa lucrativa reſuliet; ergo cum duplicis cauſæ lucrativæ circa eamdem rem, & perſonam concurſum admittat, ſentit pec conſequens legatum non extingui ex eo, quod legatarius rem legatam ex cauſa lucrativa acquiſierit omiſſis pluribus ſolutionibus, inqui- 2

bu

bus referendis non immoror, Dominus Retes nuper *num.* 42. ex mente Bartholi, & Pauli Caſtrenſis reſpondet ideo in prædicta ſpecie neutram actionem per alteram conſumi, quia ut ſcribit Julianus. *ambæ obligationes ab initio in diverſis perſonis conſtiterunt.* Circa quas nihil prohibet ſecundum cauſam lucrativam decurrere, & eadem integritate debent in unica perſona retineri, cum nulla confuſio oriatur ex eo, quod creditor creditori hæres exiſtat, *l.* 93. *de ſolutionibus.* & ex his infertur, quod ſi creditor, cui Stichus ex ſecunda cauſa debetur, ex alterutra egerit, ſi quidem fuerit conſequutus, alteram actionem conſumet, non quia priorem intenderit actionem, ſed quia ita rem fuit conſequutus, ut nihil per ejus acquiſitionem erogaverit, at ſi non Stichum, ſed ejus æſtimationem fuerit conſequutus, alteram actionem ſalvam habebit, ut Stichum conſequatur, quia puræ iſtæ actiones inſpiciuntur, ut ab initio, cum ſcilicet, conſiſtebant in diverſis perſonis; in hanc ſententiam incidit opinio cujuſdam doctiſſimi veſpertini anteceſſoris, qui in manuſcriptis *ad l. inter ſtipulantem* 83. §. *ſi rem* 6. *de verborum obligatione num.* 18 *cum* 2. *ſequentibus. qui dict. l.* 18. ita accipiendam contendit, ut verum ſit, in ejus ſerie duas illas actiones ſimul concurrere, ita ut una electa, & in judicium deducta, altera non conſumatur, ſed quia poteſt creditor à petitione deſiſtere, aut in ea ſuccumberre, vel æſtimationem conſequi, quibus caſibus poteſt adhuc altera actione experiri; at ſi ex eis una non modo in judicium deducta, ſed ad effectum ſit producta, ita ut creditor rem ipſam acquiſierit, altera neceſſario evaneſcit, quia tunc viget ratio & regula impediens concurſum duplicis cauſæ lucrativæ; itaque concludit, Conſultum id ſolum docere voluiſſe, nempe poſſe concurrere duplicem actionem ex duplici cauſa lucrativa reſultantem, quod apparet *ex l.* 1. §. *ſi quis* 14 *ut leg. nom. cave. l.* 14. §. *actiones* 2. *de exceptione rei judicatæ.* juncto D. Retes. *dict. lib.* 8. *opuſculorum cap. ult.* non verò poſſe creditorem ex ſecunda illa actione rem acquirere, quod probat ex illis repetitis legis verbis. *ibi Sticum petierit.* tum ex finalibus quæ rationem deciſivam continent ibi: *quia initio.* quæ ſingula evincunt manifeſtè, Conſultum de ſola petitione, non de exactione effectiva differere, & ſolum duplicis actionis, ex duplici cauſa lucrativa deſcendentis concurſum admittere, quod juris principiis valdè conforme eſt.

3 Sed quamvis invitus ab eruditiſſimis meis præceptoribus recedam, tamen in hac parte non ſine gravi Juliani nota eorum ſententiæ poſſem acquieſcere, quia ſi illud ſolum docere voluiſſet, nimirum duplicem actionem ex duplici cauſa lucrativa deſcendentem circa eamdem rem poſſe concurrere, non verò poſſe creditorem ex duplici cauſa lucrativa acquirere, falſam utique rationem ſuæ deciſionis aſſignaſſet, dum dixit, ideo neutram actionem per alteram extingui, *quia initio ita differunt hæ duæ obligationes ut altera in judicium deducta, altera nihilominus integra remaneret,* quod ex eo oſtendo, quod circa unam, eamdemque perſonam, duplex actio ex duplici cauſa lucrativa concurrere poteſt *dict. l.* 1. §. 14. *ut leg. nom. cave.* ita ut una in judicium deducta, non per ſolam petitionem, ſed per effectivam rei debitæ ſolutionem altera extinguatur, ut probatur *ex noſtro* §. 6. *de leg.* 1. circa Donellum, & Cujacium quos refert & ſequitur D. Retes *dict. lib.* 7. *cap.* 6. *num.* 21. in quibus legatarius, cui duobus teſtamentis eadem res legata fuit, ſi prius ex altero æſtimationem conſecutus fuerit, poſtea ex altero agere poteſt; quapropter ut deciſivam rationem, quam affert Julianus defendam, ut veriſſimam, dicere cogor eum eſſe ejus ſententiæ ut in ea, quam vexat ſpecie ſecunda actio ex ſecunda cauſa lucrativa proveniens circa eamdem rem, & perſonam creditoris, cui eadem debetur ex propria ſtipulatione, & hæreditario jure, ita concurrat, ut neutra per alteram extinguatur, non modo per petitionem, ſed nec per effectivam rei debitæ ſolutionem, quia hæ duæ obligationes in unica perſona eadem integritate debent retineri, quæ ab initio in diverſis perſonis conſtiterunt, ut non modo altera in judicium deducta, verum adhuc ex ejus cauſa, effectiva rei debitæ ſolutione ſecuta, altera nihilominus remaneat, ut notum eſt; ergo in unica perſona in quam reciderunt, ita debent retineri, ut ex unius cauſa, effectiva ſolutione ſecuta, altera adhuc integra permaneat; quare eleganti ratione tacitè occurrit Julianus dubitandi rationi, quæ ejus deciſioni poteſt objici, ex eo quod circa noſtri textus regulam duæ cauſæ lucrativæ circa eamdem rem & perſonam non poſſent concurrere; innuit namque id verum tunc eſſe, cum ab initio ſecunda actio ex duplici cauſa lucrativa reſultans circa eamdem perſonam concurrit, quo caſu ſi ex earum una creditor rem conſequatur, alteram conſumet; non verò cum duæ obligationes, quæ ab initio in diverſis perſonis conſtiterunt, ex poſt facto in unicam perſonam reciderunt, quia reſpiciuntur ab initio, cum in diverſis perſonis conſiſtebant, quo initio inſpecto, nihil ſanè impediebat, quominus utraque actio effectivè in judicium deduceretur, quin una per alteram extingueretur.

Hanc Juliani ſententiam, & ejus deciſi- 4
vam rationem ſic explico; in prædicta hypotheſi creditor ex propria perſona habet actionem ex ſtipulatu, & ex perſona teſtatoris, quam induit per aditionem hæreditatis, *l.* 52. *ad* Trebell. *l.* 22. *de uſucapionibus*, habet actionem ex teſtamento, ac proinde duplicis perſonæ vicem gerit, quod in jure novum non probant textus *in l. ſi paterfamilias* 44. §. 1. *de adoptionibus l. tutori* 22. *de his quibus ut indign. l.* 1. §. *ſolent.* 3. *in fin. quando appellandum ſit. l.* 15. *l. cum quædam* 26. *de adminiſtratione tutoris.* docent D. Larrea *in deciſione Granatenſi. diſputat.* 35. *num.* 40. D. Salgado *de retentione bullarum* 1. *parte. cap.* 8. *num.* 267. ergo circa eum ſicuti diverſas circa perſonas optimè poterit duplex cauſa lucrativa concurrere; rurſus idem ſuadetur ex eleganti paritate deducta *ex l. ſi mihi* 12. *in principio de leg.* 1. ubi jus conjunctionis; quod ab initio conſtiterat in diverſis perſonis, quibus eadem res legata fuerat, eadem in-

tegritate retinetur in unico legatario, in quem ex poſt facto utrumque legatum recidit, quia collegatario hætes extitit, ita ut eiuspotè duplicis perſonæ vicem geteuti, liberum ſit, vel ex propria, vel ex defuncti collegatarii perſona, legatum conſequi, eum tamen alias conſtet in uno eodemque legatatio *jus conjunctionis* verificari non poſſe: ergo pariter licet duplex cauſa lucrativa non poſſit circa unum eumdemque hominem concurrere, tamen circa creditorem, qui duplicem gerit perſonam, concurrere poterit. Ulterius in hanc rem expendo elegauem deciſionem Scævolæ *in l. ſi duo 93. de ſolutionibus.* Ubi ſi duo rei ſint ſtipulandi, & alter alterum hæredem ſeripſerit, docet, non confundi utriuſque obligationem ſed utramque eo effectu durare, ut ſi alter ex his duobus reis pacti Conventi temporali exceptione ſubmoveri poſſit, multum interetit, an is, qui hæres extitit ſuo nomine, an hæreditario experiatur, ut ita poſſis animadvertere, an exceptione ſubmoveri poſſit necne, itaque eadem integritate retinentur hæ duæ obligationes in unica perſona, in quam reciderunt, qua ab initio in duabus conſiſtebant: ergo idem dicendum eſt in præſenti de duabus obligationibus ex duplici cauſa lucrativa deſcendentibus, quæ cum ab initio penes diverſos creditores conſtitiſſent, ex poſt facto in unum, eumdemque creditorem reciderunt.

5 Nec noſtram ſententiam evertit, imò egregiè, (ni fallor) confirmat quod *in dict. l. 93. de ſolutionibus, l. ſi reus 13. de duobus reis*, indicant Scævola, & Veuulejus, & *in l. generaliter 5. verſiculo item ſi reus de fidejuſſoribus.* expreſſe aſſerit Ulpianus quod ſi reus ſtipulandi hæres extiterit reo ſtipulandi, duas quidem ſuſtinet obligationes, at ſi ex altera caſum egiſſet, otramque conſumet, ea ratione, quia natura duarum obligationum, quas habet ea eſt, ut cum altera earum in judicium deduceretur, altera conſumeretur; ea nimirum eſt natura duarum obligationum, quæ in duobus reis ſtipulandi conſtiterunt, ot una in judicium deducta, altera conſumatur, & unus ex reis agendo judicium occupet, totamque rem in judicium deducat, *l. fideicommiſſaria 11. §. ſi eveniet 21. de leg. 3. l. x. l. ex duobus 16. de duobus reis. l. ſi rem 31. §. 1. de novationibus.* docent repetentes *in §. ex hujuſmodi 1. inſt. de duobus reis.* Donellus *ad eum titulum in dict. cap. 5. & lib. 16. commentar. cap. 25.* Faber. *lib. 11. conjectur. cap. 16.* onde cum ea ratione reus ſtipulandi, qui alteri ſtipulandi reo hæres extitit, ex altera ſtipulatione agens utramque conſumat, quia natura, quam duplex obligatio, quæ ab initio iu duobus reis conſiſtebat, non ex eo immutatur, quia ex poſt facto jos obligationis utriusque in unum eumdemque reum ſtipulandi reciderit: è converſo, nec *in dict. l. 58.* natura quam habet duplex obligatio, quæ in diverſis ereditoribus, qui rei non erant, ab initio conſiſtebat, ex eo debet immutari, quod utraque obligatio in unum eumdemque creditorem reciderit, ac per conſequens quemadmodum ab initio ita in diverſis creditoribus conſiſtit, ut nullo prorſus modo una per alteram poſſit extingui, ſic in uno eodemque creditore in quem poſtea incidit, debet retineri eo effectu, ut licet ex earum altera rem fuerit conſecutus, adhuc tamen alteram ſalvam habeat, ut ex ejus cauſa rem iterum poſſit petere, nam cum duplicis perſonæ vicem gerit, ut nuper dicebam, nihil prohibet, quominus rem, quam ex propria perſona ex ſtipulatione fuit conſecutus, iterum petat ex perſona, & ex ſtipulatione teſtatoris, vel è converſo; quo caſu jodex debitorem in rei petitæ æſtimationem condemnabit ut accidit, eum legatatius dominium rei legatæ ex cauſa onetoſa quæſivit, qui in veriori ſententia quam infra fundabo, non quod ſibi abeſt, ſed rem ipſam legatam petere poteſt, & tamen non rem ipſam, ſed id ſolum quod abeſt judicis ſententia conſequitur.

Rurſus ex tradito in noſtro textu diſcrimi- 6
ne inter legatarium qui ex cauſa lucrativa dominium rei legatæ acquiſierit, & eum qui ex oneroſa cauſa rem legatam fuit conſecutus, venit intelligendus difficilis alias textus *in l. ult. quibus ex cauſis in poſſeſſionem eatur*, ubi ait Ulpianus, quod is, qui ex permutatione accepit emptori ſimilis, item qui rem in ſolutum accepit, vel qui lite æſtimata reſtituit, vel ex cauſa ſtipulationis, oon ob liberalitatem eſt conſequutus: hæc textus ſententia quæ à rubro ſub quo jacet aliena videtur, ſumme interpretum ingenia fatigavit, & plurium opinionibus umiſſis, magnus Cujacius *lib. 10. obſervatien. cap. 32. in fine & lib. 5. ff. Juliani in dict. l. 18. de obligatione & actione.* quem maxime laudat Retes, *dict. lib. 7. opuſculorum cap. 6. num. 17.* & ut hunc textum tractatui de actionibus adaptet, ſupponit ex ejus inſcriptione, quæ eſt *ex lib. 6. fideicommiſſorum*, Conſultum ibi de legatis & fideicommiſſis egiſſe quod ex eo ſuadet, quod *in §. 1. l. antecedentis* diſputat Paulus de eo, qui ex cauſa legati mititur in poſſeſſionem, qua ſuppoſitione facta ſic fingit ſpeciem: legatarius, qui pendente conditione, dominium rei legatæ acquiſivit, cum hæres nollet ei præſtare cautiouem, de qua *in l. 1. & per tot. ff. & C. ut leg. nomine cave.* petebat ſe mitti in poſſeſſionem de qua *in l. 1. & per tot. ut in poſſeſſionem legator*, quam rem ut expediat Ulpianus ſequenti utitur diſtioctione, aut dominium rei legatæ ex cauſa oneroſa quæſivit, veluti ex permutatione contractui oneroſo adjecta, & tunc bene deſiderat mitti in poſſeſſionem, ſi hæres renuat præſtare cautionem; aut conſequutus fuit rem ex cauſa lucrativa veluti ex donatione, legato, & ſimilibus, & tunc non rectè poſtulat ſe mitti in poſſeſſionem, etſi hæres nolit cavere, quia adhuc impleta conditione, inutile redditur legatum, ex eo quod legatarius rem legatam ex cauſa lucrativa acquiſivit, quoties verò legatum ab initio eſt inutile, vel ex poſt facto, evaneſcit, miſſioni in poſſeſſionem non eſt locus *l. 1. §. ſi cui 3. juncto §. ſequenti ut in poſſeſſionem legator.*

Veniâ tamen tantotum virorum hic intel- 7
lectus, etſi in Academia noſtra hucuſque receptus, ſi quid mei judicii eſt, ſuſtineri non poteſt, nam certum eſt legatum ſub conditione relictum non ex eo evaneſcere qood legatarius dominium rei legatæ ex cauſa lucrativa

tiva

tiva acquiſierit, etenim ſi eam aute conditionis exiſtentiam alieuaverit, adhuc ſubſiſtit legatum, quod evidenter probatut ex eo, quod legatum rei propriæ legatariis utiliter ſub conditione relinquitur, & effectum ſortitur, ſi pendente conditione rem ſuam legatarius alienaverit *l. cater. 41. §. 2. ff. de legatis 2. l. mea res 98. de conditione & demo ſtra ione:* ergo fortiori ratione legatum rei alienæ ſub conditione relictum non ſtatim debet perimi ex co, quod legatarius rem legatam ex cauſa lucrativa pendente conditione fuerit conſecutus, imò utile eſſe debet, ſi exiſtentis conditionis tempore res aliena ſir, quod poteſt; nam facilius legatum conſervatur, quam ab inirio conſtituitur §. *ex contrario* 14. *inſt. hoc tit.* ex generali regula textus *in l. 8. ff. de his qui ſunt ſui, vel alieni juris*; ulterius tota hæc doctrina, & ejus ratio tamquam fulcro firmo nititur deciſione Marcelli *in l. exiſtimo 98. de verborum obligatione.* ubi ſtipulationem rei propriæ ſub conditione conceptam utilem eſſe per argumentum ab abſurdo vitando. Probatur ſequenti exemplo: ſi inutilis eſſet ſtipulatio rei propriæ ſub conditione concepra, ſequitur inconveniens ſtipulaoionem ſcilicet, alieni fundi ſub condirione conceptam, ſi ex cauſa lucrariva ſtipulantis eſſe cœperit confeſtim perimi adhuc pendente conditione, atqui non ſtatim perimitur, imo ſi fundus ſit alienus exiſtentis condirionis tempore utilis eſt: ergo ſtipulatio rei propriæ ſub conditione concepta utilis eſſe debet; diſertè itaque Conſultus ſcribit, non ſtatim evaneſcera ſtipulationem ex cauſa libertatis ſub conditione interpoſitam, etſi res in ea deducta pendente conditione ex altera cauſa lucrativa ſtipulantis eſſe cœperit, potius utilem eſſe, ſi res quo tempore conditio extiterit, inveniatur aliena; ergo idem dicendum eſt de legato ſub conditione relicto, ut ſcilicet non confeſtim evaneſcat ex eo quod res legata ad legatarium dum pendet conditio, ex cauſa lucrativa pervenerit, imò ad effectum perducatur, ſi res aliena ſit, cum conditio extiterit.

8 Deinde probatur aſſumptum ex vulgari juris regula quæ docet media tempora non ſolum hæredi, ſed legatario oon nocere, *l. 6. §. 2. l. liber 59. §. ſi hares 4. de heredibus inſtituendis. l. eum qui 104. de conditione & demonſtratione. §. in extraneis inſt. de hered. qualit.* D. Retes 6. *opuſcul. cap.* 8. *num.* 16. ſed nec rebus ipſis, *l. qui uſumfructum 36. de uſufructu.* ubi Cujacius *tract. 1. ad Afric.* Oſſualdus 4. *commentar. cap.* 18. *littera C.* Oroz *de apicibus lib. 1. cap. 4. num.* 8. *cum* 2. *ſequentibus. l. peculium 65. §. 1. de legatis 2. l. ſi chorus 74 §. pen. de legatis 3.* de cujus conciliatioue *cum l. ſervum filii 44. §. ſi area 4. de legatis. 1. & l. ſi area 34. de legatis 2.* vide Oroz *dict. cap. 4. num. 5. & 6. dict. l. 74. §. ult. de legatis 3.* de cuujus coucordia *cum l. qui res 98. §. aream 8. verſ. nec admiſſum de ſolutionibus & l. ſervus 17. §. 1. de adimendis leg.* conſulendi erunt Oſſualdus 8. *commentar. cap.* 18. *littera N.* & eruditiſſimus præceptor meus DD. Didacus de la ſerna *in Academicis ad l. inter ſtipulantem 83. de verborum obligatione cap. 2. ad §. ſacram 5, num.* 13. ergo inhabilitas medio tempore ſuperveniens, ex eo quod legatarius pendente condirione rem legatam ex cauſa lucrativa acquiſierit, non debet ſtatim vitiare legatum; fulcitur inſuper eadem ſententia ex hac eleganti pariiate, quemadmodum evaneſcit legatum ubi legatarius ex cauſa lucrativa conſequitur rem legatam, ſic & extinguitur legatum uſufructus, cum legatarius proprietatem acquiſivit, ejus rei, cujus uſusfructus legatus proponitur, *l. ſi tibi 17. quibus modis uſusfructus vel uſus amit.* & tamen ſi is cui ſub conditione legarus eſt uſusfructus ea pendente proprietatem acquiſierit, non ſtatim evaneſcit legatum uſufrusctus, ſed potius utile eſt, ſi legatarius ante exiſtentem conditionem alienaſſet proprietatem, *l. quoties 34. in principio verſiculo quod ſi Titius de uſufructu*, ubi Faber *in rationali* & Cujacius *lib. 35. ff. Juliani in eadem l. 34. & in dict. l. 17.* ergo nec debet confeſtim evaueſcere legatum ſub condioone relictum, ex eo quod ex cauſa lucrativa pendente condirione res legata ad legatarium pervenerit, imò debet ad effectum perduei ſi exiſtentis conditionis tempore res legata oon amplius io bonis legatarii inveniatur.

9 Verum huic ſententiæ quaſi data opera obſiſtere poſſe videtur noſter Imperator, in præſenti dum aſſerit, legatum extingui, ſi legatarius vivo teſtatore ex cauſa lucrativa rei legatæ dominus factus fuerit; ergo inhabilitas medii temporis, quæ ex co provenit, quod legatarius iuria tempus facti teſtamenti & mortis teſtatoris rem legatam acquiſivit, ex cauſa lucrativa legatum purè relictum reddit iuutile, ac proiode & legatum ſub conditione relictum debet confeſtim extingui ex co, quod medio tempore res legata ex cauſa lucrativa cœperit ad legatarium pervenire ex cauſa lucrativa. Huic difficultati ut ſatisfaciam circa communem interpretum ſententiam ſtatuo legatum pure relictum ſubſiſtere, etſi vivo teſtatore res legata ad legatarium pervenerit ex cauſa lucrariva, dummodo aliena ſit tempore mortis teſtatoris, ut dubitanter ſcripſit Vinnius in præſenti & expreſsè affirmar Oroz *dict. lib. 1. cap. 4. num. 11. & 12.* quod prætetquam quod apparet ex nuper illuſtrata juris regula quæ docet, media tempora nec puris nec conditionalibus diſpoſitionibus obeſſe, expreſsè probatur ex diſerto & eleganti ad rem textu *in l. non quocumque 82. de legatis 1.* ubi ita ſcribit Julianus *non quocumque mode legatarii res facta fuerit, die cedente obligatio legatè extinguitur, ſed ita ſi eo modo fuerit ejus, ut avelli non poſſit*: quæ verba hanc ſententiam continent, ut ſi res vivo teſtatore ad legatarium pervenerit ex cauſa lucrativa, tempus ceſſionis legati inſpiciatur ad hoc ut ſi res co tempore in eadem cauſa manſerit, evaneſcat legatum, ſi verò jam ſit aliena, adhuc duret obligario legati; & confirmatur ex eo, quod prius eſt, ut naſcatur obligatio, quam ut poſſit extingui, *l. Titio 96. de conditione & demonſtratione, l. decem 116. de verborum obligatione*; ſed viveute teſtatore, nulla ex legato naſcitur obligatio, ut eſt notum: ergo nec potuit extingui, etſi res legata ex cauſa lucrativa eſſe cœperit, niſi in eadem cauſa manſerit tempore

Digitized by Google

pore eedentis legati; nec tune obſtat noſter textus qui ut animadvertit Oroz, explicandus eſt *ex dict. l. 82. de legatis* 1. ita ut legatum extinguatur, ubi legatarius vivo teſtatore ex eauſa lucrativa rem legatam aequiſierit, & res in eadem cauſa manſerit eo tempore, quo dies legati cedit, nam tunc inutiliter cedit legatum, eum legatarius nec rei propriæ dominium amplius conſequi poſſit, *§. ſic itaque* 14. *de actionibus*; nee ad ejus perſecutionem perſonalem actionem naſci *l. ſi rem meam* 31. *de verborum obligatione, cum vulgatis*: ſi verò res eo tempore jam ſit aliena, inſuper habito medii temporis vitio, utiliter legatum cedat.

10 Ex his itaque omnibus apparet legatum ſub conditione relictum non ſtatim extingui, ex eo quod pendente conditione res legata ex cauſa lucrativa eſſe eœperit legatarii, ſed potius utilem exitum ſortiri, ſi res aliena ſit exiſtentis condirionis tempore, ae per conſequens legatarium juſtè deſiderare cautinnem, cum habeat ſpem conſequendi legati, & ea ab hærede nnn præſtita, rectè ſe mitti in poſſeſſionem poſtulare, nam quiſquis habet ſpem conſequendi legati poteſt petere ſibi eo nomine caveri, aut ſi cautio non præſtetur ſe mitti in poſſeſſionem *l. 1. §. ult. cum 2. legibus ſequentibus. l. ſi duo* 16. *ut leg. nom. cave. l. ſi filio* 11. *quibus ex cauſis in poſſeſſionem eatur.* de cujus conciliatione *cum dict. l. 1. §. plane* 5. *ut leg. nom. cav.* videndus noſter Valentia 3. *illuſtr. tract.* 1. *parte* 2. *num.* 28. itaque ſi in ſerie textus *in dict. l. ult. quibus ex cauſis in poſſeſſionem eatur*, legatum ſub conditione fuerit relictum, non ſub diſtinctione ſed generaliter reſpondiſſet Ulpianus legatarium, qui pendente conditione ex quaeumque cauſa rem acquiſiit legatam ex cauſa non præſtitæ cautionis juſte ſe in poſſeſſionem mitti deſiderare, quapropter à præfatis interpretibus edoctus ſuppono quidem Ulpianum in eo textu de legatis & fideicommiſſis diſputare, ſpeciem tamen in terminis legati purè relicti procedere hoc modo; legatarius, qui dominium rei legatæ aequiſivit purè ex cauſa non præſtitæ cautinnis petebat ſe mitti in poſſeſſinnem, & reſpondet Conſultus ſub ſequentis fœdere diſtinctionis, aut dominium acquiſivit ex cauſa lucrativa & tune injuſtè deſiderat ſe mitti in poſſeſſionem ex *dict. l. 1. §. 3. & l. 2. ut in poſſeſſionem legator.* juncta regula noſtri textus, aut dominium nactus fuit ex cauſa onerosa, & tune ejus deſiderium juſtum eſt, quia adhue ſubſiſtit legatum; nec eo minus poteſt petere cautionem, quod legatum pure relictum fuerit, cum etiam de præſenti legato ſatisdatio locum habeat, quia nonnullas moras exercitium judicii habet, ut eleganter ratiocinatur Paulus *in l. etiam de præſenti* 15. *ut leg. nom. cav.* & non præſtita ſatiſdatione miſſioni in poſſeſſionem ſit locus, ita ut ante ſequutam condemnationem mittatur legatarius ex edicto prætoris in poſſeſſionem rerum omnium hæreditariarum, & poſt condemnationem ſi hæres probaverit miſſum eſſe in poſſeſſionem ipſius rei legatæ, de qua judicatum eſt, ex conſt. Marci Antonini *in l. poſt qui* 5. *§.* 1. *ut leg. nom. cav.* ſi verò hæres non probaverit, mittetur non in bona hæreditaria, ſed in bona hæredis judicati ſervandi cauſa *l.* 3. *qui potiores in pignore habeantur* textus ſic intelligendus *in l. etiam ſi* 9. *ut in poſſeſſionem legator.* ubi Cujacius *quæſtionum Papin.*

Spectant etiam ad noſtrum tractatum de duplicis cauſæ lucrativæ concurſu, celebres, nec minus difficiles textus *in l. inter ſtipulantem* 83. *§.* 6. ait Paulus quod ſi res debita ex cauſa lucrativa ad creditorem pervenerit ex titulo hæreditario indiſtinctè prinr obligatio extinguitur; ex oppoſito Africanus *in dict. l.* 108. in eodem themate aſſerit ita demum priorem obligationem extingui, ſi hæreditas ſolvendo ſit, ſi verò ære alieno ſit onerata, perinde priorem obligationem manere, ae ſi res ex eauſa emptionis, vel alio quocumque onetoſo titulo ad creditorem perveniſſet, quas invicem pugnantes deciſiones, ut in concordiam redigant doctores diſputant, an titulus pro hærede ſit lucrativus, an oneroſus, & in varias fuerunt ſententias Giphaoius *in dict. l. 83. §. 6.* Faber *in jurisprudentia Papin. tit.* 12. *principio* 3. & alii apud Oſſualdum 7. *commentar. cap.* 9. *littera H.* quos ſequitur Retes *dict. lib.* 7. *opuſculorum cap.* 6. *num.* 4. & 5. exiſtimaverunt titulum pro hærede indiſtinctè eſſe lucrativum; tuituntur rationibus & authoritatibus, rationes hæ ſunt, lucroſa, & ſolvendo eſſe dieitur hæreditas quæcumque invenit hæredem, *l.* 3. *ad l. Falcidiam. l.* 36. *de bonis libertorum*; ſed non eſt titulus niſi poſt aditionem: ergo indiſtinctè eſt titulus lucrativus. Rurſus hæreditas primo & principaliter continet acquiſitionem totius patrimonii, & ſucceſſionem in univerſum jus defuncti; *l. cum hæredes* 23. *de acquirenda poſſeſſione.* onera autem, & incommoda hæreditaria non directè, & immediate, ſed per accidens & obliquè ex neceſſaria conſequentia repræſentationis, & ſucceſſionis ad hæredem pertinent: ergo licet plus incommodi, quam lucri afferat, indiſtinctè titulus lucrativus cenſebitur, quia quod non principaliter ſed per conſequentias evenit, in jure non attenditur *l. 1. de author. tutor. & vulg.* ab authoritate, ex textu *in l. 83. §. 6. de verborum obligatione.* tum etiam *ex l. unica verſ. lucrativas C. de imp. lucr. lib.* 10. ubi hæreditas expreſſe inter lucrativas cauſas recenſetur, & tandem expendunt textum *in l. multum* 5. *§.* 1. *de acquir. hæred.* ubi prodigus, cui bonorum ſuorum adminiſtratio eſt interdicta, poteſt adire hæreditatem, cum tamen non poſſit ex contractibus obligari *l. is cui* 6. *de verborum obligatione.* Donellus 12. *commentar. cap.* 22. Oſſualdus *littera F.* ergo in hæreditate non incommodum ſed acquiſitionis lucrum ſpectatur, ae per conſequens titulus pro hærede indiſtinctè eſt lucrativus, & numquam oneroſus. 11

Oppoſitam ſententiam, quam longe veriorem exiſtimo tuentur Paulus caſtrenſis, Jaſo, & Alciatus, *in dict. l. 83. de verborum obligatione.* Cujacius *tract.* 5. *ad Africanum in dict. l. ſi ſervus* 108. *§. Stichum de l.* 1. Oroz 1. *de apicibus cap.* 3. *num.* 5. aſſerentes titulum pro hærede non eſſe abſolutè lucrativum, nec abſolutè oneroſum, ſed aliquando lucrativum, ſcilicet, ſi locuples ſit hæreditas 12

&

& aliquando onerosum, nempe ſi æs alienum hæreditaris vires ſuperet, & ejus facultas exhauriat, namque cum hæres adeundo hæreditatem creditoribus defuncti adſtringatur, & oneribus hæreditariis implicetur, *l. more 8. de acquir. hæred. l. 38. ad Trebell. l. 3. de bonorum poſſeſſione. l. 3. §. ult. quibus ex cauſis in poſſeſſionem eatur. § hæres 5. inſt. de obligat. quæ ex quaſi contr.* Donell. 8. *commentar. cap. ult.* ubi Oſſualdus *littera A. & lib.* 10. *cap.* 14. ubi Oſſualdus *littera B.* Oroz plures referens *dict. lib. 1. cap. 5. num.* 7. implicat omnino, ut hæreditas, quæ eum non ditat, ſed oneribus implicat, titulus lucrativus dici poſſit: qua ſententia nixus propugnarem ultra interpretum placita defendi beneficium, (quod ex æquitate prætoria novo patrifamilias emancipato, aut exhæredato, qui verò paterna hæreditate ſe abſtinuit, indulgetur, ut geſtis in patris poteſtate negotiis Conventus in id ſolum quod facere poteſt, condemnetur *l.* 2. *& ferè per totum titulum ff. quod cum eo l. 15. de negotiis geſtis, l. 5. ad* Maced. *l. 57. §. 2. de adminiſtratione tutoris. l. exhæredatum 49. de re judicata.*) competere etiam filio, ex aſſe hærede inſtituto, cum hæreditas in ea cauſa eſt, ut cum locupletem non reddat, ſed oneribus hæreditariis adſtringat, quam ſententiam ex profeſſo noviter fundavi *in methodico commentario ad titulum ff. quod cum eo cap. 3. num. 19. cum 2. ſequentibus.*

13 Nec tunc obſtant contrariæ opinionis fundamenta, quæ meo judicio in ipſos adverſarios facilè retorquentur & noſtram potius ſententiam confirmant; ad primum Reſpondeo quod ex eo quod dicitur ſolvendo eſſe hæreditatem, quemcumque invenerit hæredem, tam longè abeſt, ut evincatur acquiſitionem hæreditatis indiſtinctè eſſe cauſam lucrativam, ut potius probetur eſſe aliquando onerosam; ideo enim ſolvendo dicitur hæreditas, quemcumque invenit hæredem, quia hæres per aditionem obligatur æri alieno defuncti, eoque nomine à creditoribus hæreditariis conveniri poteſt, Conventus eis reſpondere, eorumque actiones ex contractibus defuncti deſcendentes, ſuſcipere cogitur, etſi hæreditas ſolvendo non ſit, *l. 8. de acquir. hæred. l. 2. C. de hæredibus vel actione vendita. l. ult. C. de hæreditariis actionibus*, quod manifeſtè arguit acquiſitionem hæreditatis eſſe non numquam cauſam onerosam. Nec magis urget, quod *in dict. l. 3. ad l. Falcidiam*, præſumatur lucroſa, quia veriſimile eſt hæredem eam aditurum non fuiſſe, ni lucrum aliquod ſentire ex ea aditione ſperaſſet, tamen ſi ut plerumque fieri ſolet, ſua feſellerit ſpes, & apparuerit hæredem ſolvendo non eſſe, ſuperior præſumptio ceſſat, cum in rebus claris præſumptioni nullus ſuperſit locus, *l. 22. §. 1. de leg.* 3. nec etiam obſtat primum fundamentum ad quod Reſpondeo quod hæreditas æquè, & principaliter incommoda ac commoda continet, nam cum hæres perſonam defuncti repræſentet, individua hæc repræſentatio efficit, ut non minus principaliter obſtringatur oneribus hæreditariis, quam in lucra hæreditatis ſuccedat, nec quod hæres nihil reſpondeat quoad acquiſitionem hæreditatis in cauſa eſſe poteſt, ut non minus indiſtinctè titulus pro hærede lucrativus cenſeatur, cum nec maritus pro dote quidquam rependat, & tamen dotis cauſâ, quia ſecum affert onera matrimonii, *l. pro oneribus C. de jure dotium*, onerosa eſt *in l. ex promiſſionibus 19. de obligatione & actione*, nec tandem urget tertium deductum ex juris authoritatibus, ex quibus textum *in dict. l. 83. §. 6. de verborum obligatione*, qui ſimpliciter docet priorem obligationem extingui ex cauſa lucrativa, ſi res debita ex titulo hæreditatis cœperit ad creditorem pertinere, juxta deciſionem traditam ab Africanu *in dict. l. 108. §. 6. de legatis.* 1. accipiendum eſſe contendunt noſtræ ſententiæ aſſertores; textus verò *dict. l. unica verſiculo lucrativas C. de imp. lucrat. deſcript. lib.* 10. ſi attentè expendatur, potius ſententiam fundat, quam evertit: impoſſibiles enim Theodoſius & Valentinianus hæreditatis acquiſitionem non abſolutè inter lucrativas cauſas enumerant, ſed ſolum aſſerunt lucrativas cauſas eas appellari, quæ hæreditatis titulo ad quempiam delabuntur, quod & nos libenter fatemur, negantes verò res aliquas ad hæredem delabi, quoties hæreditas ſolvendo non eſt, cum prius ex ea omne æs alienum deducatur, *l. pater 54. ad l. Falcidiam §. ult. inſt. eodem tit.* quo ſoluto nullæ res ſuperſunt, quæ ad hæredem delabi dici poſſent, ex regula textus *in l. ſubſignatum 39. §. bona 1. de verb. ſignif.* ergo hic textus ſolum probat tunc demum acquiſitionem hæreditatis lucrativam eſſe cauſam, quam ære alieno ſoluto res aliquæ hæreditatis remanent penes hæredem, ac per conſequens non obſcurè agnoſcit traditum diſcrimen inter lucroſam & damnoſam hæreditatem; difficilior videri poteſt textus *in l. 5. §. 1. de acquir. hæred.* ſed omiſſis pluribus, quæ tradunt Donellus 7. *commentar. cap.* 9. Oſſualdus *ibidem littera H.* & ab eo relati, Goffredus *in dict. l. 5. §. 1.* Duatenus *in §. ad titulum de acquir. hæred. cap. 25. num. ult.* verius reſponderi exiſtimo, quod prodigus, cui bonorum ſuorum adminiſtratio eſt interdicta, licet poſſit adire hæreditatem ſine curatoris authoritate, quæ ad expediendum actum aditioni inutiliter ponitur *l. curatorem 19. de authoritate tutoris l. cum in una 17. §. 1. de appellat. l. ult. C. de in litem dando tutore*, non tamen eam adire poteſt ſine curatoris conſenſu, nam multum intereſt inter authoritatem & conſenſum, docet Cujacius 9. *reſponſ. Pauli in dict. l. 19. de authoritate tutoris* & ſub nomine Antonnii Mercatoris 5. *animadv. circa robertum cap.* 22. in quam rem egregius, & ſingularis eſt textus *in l. cum quadam 26. C. de adminiſtratione tutoris.* ubi inter Pupillum, & adultum hoc intereſſe Juſtinianus ſcribit, quod Pupillus ſine tutoris authoritate non poteſt adire hæreditatem, adultus verò poteſt aditionis actum peragere ſine curatoris authoritate, non tamen ſine conſenſu: ergo idem de prodigo, qui adulto ſimilis eſt, erit dicendum ac per conſequens, & aliquando onerosum; nam ſi abſolutè eſſet lucrativus non indigeret prodigus ad hæreditatem adeundam conſenſu curatoris, ſine quo meliorem ſuam conditionem facere poteſt *dict. l. 6. de verborum obligatione.*

His itaque jam diſcuſſis, qui noſtram ſen- 14

tentiam

tentiam defendunt, creditorem qui ex cauſa lucrativa rem debitam acquiſivir titulo pro hærede, non abſolutè priorem actionem amittere affirmant ſed ſub diſtinctione tradita ab Africano *in dict. l.* 108. §. 6. *de legatis* 1. juxta quam intelligo generalem ſententiam Pauli *in d ct. l.* 83. *de verborum obligatione.* ex contrario qui ſentiunt titulum pro hærede indiſtinctè eſſe lucrativum, contendunt indiſcriminatim creditorem amittere priorem obligationem ex cauſa lucrativa dimanantem ſi rem debitam exhæredario jure fuerit conſequutus, ſive hæreditas ſit ſolvendo, ſive ære alieno gravata, cui ſententiæ expreſsè reſiſtit Africanus *in dict.* §. 6. quem miror præfatos interpretes non vidiſſe; mihi tamen rem hanc ſedulo cogitanti, ſuperiorem quæſtionem non onerare præſentem inſpectionem videtur, & in utraque ſententia veriſſimam Africani deciſionem agnoſco, & quidem in ea, quam amplexi ſumus res expedita eſt, ſed & in ea, quæ tenet titulum pro hærede eſſe abſolutè lucrativum, neceſſario fatendum eſt, creditorem, qui rei debitæ dominium ex cauſa damnoſæ hæreditatis acquiſivit, non ideo amittere priorem actionem, quam ex altera cauſa acquiſivit; imò adhuc qood ſibi obeſt, conſeqoi poſſe, quod ſic probo; legatum abſolutè eſt cauſa lucrativa, ſeo liberalitas lucrum aliquod afferens legatario; *l. ſi hæreditatem* 32. *mandati l. legatum* 36. *de leg.* 2. *l. cum non facilè* 6. *ſi cui pluſquam per l. Falcidiam.* ſed ſi creditor rem ſibi debitam ex cauſa lucrativa, ex titulo legati acquiſierit, non indiſtinctè priorem actionem amittit, ſed ita demum ſi nihil ei abfuerit, oam ſi aliquid erogaverir ad id conſequendum, priſtina actione poterit experiri, ut ſi aliquid rradere juſſus ſit conditionis implendæ cauſa, qui eo nomine aliquid erogaverit, ſeu perpenderit pro re legata, per priorem actionem conſequitur ut docent expreſsè textus *in l. plane* 34. §. *& multo magis* 8. *& in dicta l.* 108. §. *ſed ſi cum mihi* 5. *de legatis* 1. quia non amplius legati oomine ad quemqoam pertinere videtur, quam quod deducto eo, quod explendæ conditionis gratia datum supereſt. *l. non amplius* 26. *de legatis* 1. de cujus intellectu, & ſimul de conciliatione textos *in l. ſi dignum* 19. *l. in ratione* 30. §. *vendere* 1. *l. adveterani* 40. §. 1. *l. ſi fundus* 65. *l. qui fundum* 87. §. 1. *ad l. falcidiam*, vide ſpecioſa brevitate Antonium Goveanum *in dict. l.* 19. ex cojus doctrina ſubtiliter intelligi poteſt difficilis alias textus *in l. ſi mortis* 18. §. 1. *qui & à quibus* omiſſo Antonio Fabro *in jurisprudentia Papiniana tit.* 6. *principio* 2. *illat.* 3. ergo pariter etiamſi titulus pro hærede eſſet lucrativus, non indiſtinctè creditor qui rem debitam jure hæreditario oactus fuiſſet, priorem actionem quam ex cauſa lucrativa quæſierat amitteret, ſed tunc demum, cum hæreditas ſolvendo eſſet, alioquin quod ex cauſa damnoſæ hæreditatis ei abfuiſſet reſpectu rei debitæ priſtinam actionem oon poſſet conſequi; ut ſic jam finem accipiat interpretum varius labor in quæreodo an titulos pro hærede ſit lucrativus, an onerosus; cum in utraque ſententia præcedat diſtinctio, qua utitur Africanus *in dict. l.* 108. §. 6. *de legatis* 1.

Unde ſive legatarius dominium rei legatæ 15
ex oneroſa cauſa acqoiſierit, ſive rem legatam ex altera cauſa lucrativa, cujus nomine ei aliquid abfuerit, conſequutus ſit, quod ſibi abeſt actione, ex titulo conſequi poteſt, ex quo principio ingens oritur interpretum altercatio, an ſcilicet, his caſibus legatarius rectè rem legatam petat, an verò id ſolum, quod ſibi abeſt, petere poſſit; & quidem aliqui ex antiquioribus, quos ſequitur Retes 1. *opuſcul. cap.* 6. *num.* 13. Faber 6. *conjectur. cap.* 8. & Duarenus *in dict. l.* 34. §. *quod ſi rem* 7. *de legatis* 1. exiſtimant legatarium non poſſe inchoare petitionem à re ipſa, quia rem quamlibet non rectè petet, ſed debere petere principali intentione, quod ſibi abeſt, & expendunt textum *in dict. l.* 34. §. 7. & alios ſimiles, quibus ſcriptum eſt, quod actio ex teſtamento competit legatario uſque ad pretium, qood ſibi abeſt, rurſus & inducunt textum *in l. res mihi* 20. *de leg.* 3. ubi ſi eadem res duobus in ſolidum legata, aut per fideicommiſſum relicta ſit, & alteri ex eis ſit ſoluta, reſpondet Ulpianus ambigeodum non eſſe alterum oullum quidem jus in rem ipſam habere, ſed actionem de pretio integram habere: contrariam tamen ſententiam licet minus communem, veriorem exiſtimo ex *l.* 82. §. *Marcell.* 3. *de leg.* 1. *& ex dict. l.* 14. *de obligatione & actione*, quibus docemur legatarium, qui rem legatam, aut ejus partem ex oneroſa cauſa acquiſierit, eamdem rem vel partem ex cauſa legati perſequi poſſe, quinimò ſi verum amamus, ſolum rem ipſam legatam legatarius petere poteſt, non id, quod ſibi abeſt, quod legatum non eſt; nec impedimeoto eſt, quod rem ipſam habet, nam quoties ei aliquid abeſt, pro ejus acquiſitiooe non videtur rem ipſam habere *ex l. Labeo* 14. *de verb. ſignif. cum ſimilibus.* verum officio judicis hæres oon rem legatam, ſed quod legatario abeſt, refundere damnabitur, nam licet regulariter ratio judicialis exigat, ut coodemnatio fiat in rem ipſam, quæ petitur, & in judicium deducta eſt *l.* 38. *com. div.* nonnumquam tamen ex neceſſitate, aut humanitatis ratione fit condemnatio in rei venditæ æſtimatione *l.* 23. *de verborum obligatione. l. non dubium* 14. §. *fin. de legatis* 3. docet cum pluribus noſter Valentia 2. *illuſtr. tract.* 2. *cap.* 4. ita quod quibuſdam locis dicitur legatario, qui rem legatam acquiſivit ex cauſa ooeroſa actionem ex teſtamento ſupereſſe ad petendum id, quod ſibi abeſt, procedit inſpecto exito judicii, & futuræ condemnationis intuitu, quia licet rem ipſam petat legatarios, hæres non in rem petitam, ſed io id quod abeſt legatario condemnaodus eſt. Nec magis obſtat textus *in l.* 20. *de legatis* 3. qui à noſtra diſputatione prorſus & alienus eſt, nam ideo in ejos ſerie, quoties res uni ex legatariis fuit ſoluta, alter ſolum poteſt actione ex teſtamento pretium perſeqoi, quia ot ex ejus littera conſtat teſtator eamdem rem duobus disjunctim per damnationem legavit, qoo caſu jure paodectarum inſpecto creditur uni rem, & alteri æſtimationem legare, ut teſtatur Ulpiaous *in fragmento tit.* 24. §. *ſi per damnationem* 12. Gaius *lib.* 5. *inſt. tit.* 5. §. *inter*

legatum

Digitized by Google

legatum 6. *Paulus* 3. *ſentent. tit.* 6. *de leg.* §. *interdum* 2. Juſtinianus *in l. unic.* §. 11. *verſiculo fin. autem C. de caducis tollendis* & per textum *in l. quod ſi quis.* 76. *de leg.* 82. §. *qui Gaium* 5. *de legatis* 1. *l. qui duo* 13. §. 7. *de legatis* 2. *l. ſi damnatus* 10. *de liber. legata*: quos ex more Cujacii 33. *ff. Juliani in dict. l.* 82. §. 5. & *in dict. l.* 10. ſic intelligit D. D. D. Laurentius ſantos *de S. P. in Academicis ad l.* 17. *de condit. & demonſtrat. num.* 12. quapropter poſtquam hæres uni ex legatarijs rem legatam tradiderit, alter ejus pretium, quod ei legatum eſt, rectè petit, at legatarius, qui ex oneroſo titulo dominus eſt factus, ex contrario rem legatam petere poteſt, non verò quod ſibi abeſt, quod ut jam dixi, ei legatum non eſt.

16 Ex quibus venit intelligendus textus *in noſtro* §. *ſi cui fundus* 9. *inſt. de legatis.* ubi docet Juſtinianus ex ſententia Juliani *in dict. l.* 82. *de legatis* 1. quod legatarius qui fundi ſibi legati proprietatem emit, deducto uſufructu & poſtea mortuo, aut capite minuto fructuario uſumfructum jure conſolidationis acquiſivit, ex teſtamento agere, & fundum petere poteſt: quæ deciſio mirificè ſententiam ſuperiori *num.* expenſam juvat, ſed ex eo difficilis redditur, quod in propoſito legatarius dum fundum petit, plus ſua intentione complectitur, quam ei debetur, cui fundi appellatio plenam proprietatem comprehendat, *l. ſi Titio* 10. *l.* 19. *de uſufructu. l. qui uſumfructum* ; 58. *de verborum obligatione* & legatario nuda ſola proprietas, quam ex oneroſa acquiſivit, debeatur non u usfructus, qui jure conſolidationis, & ſic ex cauſa lucrativa ad eum perveniſſe proponitur, & quod non rectè agit, imò litem debet amittere, cum certum ſit, eum qui in judicio intentione ſua plus complectitur, quam ſibi debetur, jure digeſtorum cauſæ amiſſione multari §. 33. *inſt. de actionibus* §. 10. *de exceptionibus. l. ſervus* 27. *de pignoribus l.* 21. §. *ult. de cond. & demonſt.* docent Cujacius 9. *obſervat. cap.* 27. & 12. *cap.* 21. & 22. *cap.* 2. Revardus 3. *variar. cap.* 14. Hothom. 8. *obſervat. cap.* 3. & plures referens illuſt. D. Gonz. *in commentariis ad textum in cap. unic. extra de plus petit.* cui difficultati omiſſo Fabro, *qui dict. lib.* 66. *conjectur. cap.* 8. prout ſolet abſque ulla ratione in omni verborum apparatu miſerum carpit Tribonianum cum Cujacio *in notis prioribus, & poſterioribus ad noſtrum* §. 9. & *lib.* 33. *ff. Juliani in dict. l.* 82. § 2. *de legatis* 1. communiter reſpondent reliqui inſtitutionum commentatores, quod fundi appellatio, licet plenam proprietatatem ſignificet, ut conſtat ex juribus in argumento expenſis, nonnumquam tamen nudam ſolum proprietatem denotat, quoties, ſcilicet, uſusfructus à proprietate ſeparatus eſt, *l. rectè diximus.* 25. *de verb. ſignif.* quo ſenſu in præſenti reparetur & tamquam ſervitus conſideretur, ac proinde nec petitus intelligitur: quam interpretationem ut pote actori neceſſariam, ne alias cauſam amittat, omnino recipere debemus ex regula textus *in l.* 66. *de judiciis.*

17 Sed licet hæc ſpecioſe dicantur, aliam tamen exiſtimo eſſe Juſtiniani ſententiam, quam hactenus crediderim interpretes non calluiſſe, & aſſero id, quod Imperator ait, legatarium rectè agere, & fundum petere, ita accipiendum eſſe; legatarium abſque Ullius diſpendii metu rectè fundum petere; etiamſi intentione ſua proprietatem & uſumfructum comprehendat, nam hoc ipſo quod proprietatem fundi ex cauſa oneroſa quæſivit, non poteſt dici uſumfructum poſtea extinctum ex cauſa lucrativa naſci, ſed potius ex oneroſa, quod ſic oſtendo, qui nudam proprietatem habet, pretium utique rependit, non propter nudam proprietatem, quæ ad uſumfructum accedit, inutilis eſſe dicitur, *in l.* 3. §. 2. *l. ad uſumfructum* 16. *de uſufructu & in* §. 1. *inſt. eodem tit.* ſed propter ſpem exortam uſusfructus ad proprietatem ſuo tempore reverſuri, nec enim quemquam facilè jactare, aut effundere credendum eſt, ut ajebat Paulus *in l.* 25. *verſiculo ſui verò de probatione* conducunt textus *in l.* 6. *l.* 73. *de uſufructu l. ſi convenerit*, 18. §. 1. *de pigneratitia actione.* ergo legatarius qui emit proprietatem fundi ſibi legati, hoc ipſum uſumfructum emiſſe cenſetur, cum futuræ conſolidationis intuitu pretium rependerit, ac per conſequens non modo proprietatem, ſed uſumfructum rectè petit, idem ſuadetur ex eo, quod quemadmodum uſusfructus extinctus jure conſolidationis domino proprietatis acquiritur, §. *ult. inſt. de uſufructu.* ſic & fœtus ancillarum domino acquiruntur ut notum eſt, ſed is qui ancillam emit, quæ poſtea fuit enixa, non intelligitur partum acquirere ex cauſa lucrativa, ſed ex cauſa emptionis, quia hoc ipſo quod ancillam emit, partum etiam emiſſe cenſetur, & ex ea ratione partum ſibi legatum petere poteſt; *dict. l.* 82. §. 4. *de legatis* 1. *l.* 73. *de legatis* 2. *l. in bello.* 12. §. *ult. de captiv. & poſtlim. reverſ.* ergo pariter, qui proprietatem emit, uſumfructum poſtea extinctum, non ex cauſa lucrativa, ſed ex cauſa emptionis acquirere dicendum, ac per conſequens uſumfructum ſimul cum proprietate ſibi legatum fundi appellatione rectè petit.

Nec huic ſententiæ obſiſtit ratio tradita à 18
Juſtiniano ibi: *quia uſusfructus in petitione ſervitutis locum obtinet*, quæ facilè occurit rationi dubitandi quæ in hunc modum poterat proponi: legatarius pro uſufructu nihil rependit; ergo eum habet ex cauſa lucrativa: ergo non poterit ita fundum petere, ut ea petitione uſumfructum comprehendat, hanc dubitationem occupans ait, uſumfructum in petitione ſervitutis locum obtinere; ideſt, in petitione, non eſt inſpiciendum, prout nunc eſt, cum proprietate conjunctum jure conſolidationis, ſed prout erat à proprietate ſeparatum, & ſimul cum proprietate emptus cenſetur à legatario; quapropter ut potè acquiſitus ex cauſa oneroſa rectè ex teſtamento peti poteſt, ſubjungit Imperator quod licet legatarius rectè uſumfructum ſimul cum proprietate petat, petitio tamen judicio continetur, ut deducto uſufructu jubeat æſtimationem præſtare, quibus diluit argumentum illud, quod de actione poſſet objici: dicerent enim aliqui: ſi legatarius plenam habet proprietatem ex cauſa oneroſa: ergo hæres in plenæ proprietatis æſtimationem erit con-

demnandus. Huic dubio reſpondeo verum quidem eſſe legatarium plenam proprietatem ex cauſa emptionis habere , & eam ex teſtamento rectè petere , judicio tamen judicis contineri, ut non in plenæ proprietatis æſtimationem , ſed in id ſolum , quod abeſt legatario pretium ſcilicet , quod ſæpe futuræ conſolidationis pro nuda proprietate rependit, hæredem condemnet, quod indiſtinctè procedit , quia licet rem ipſam petere poſſit , ut ſuperius fundavi , tamen hæres nec in rem ipſam , nec io ejus veram æſtimationem , ſed in id ſolum , quod abeſt legatario , condemnatur , ut contra communem modum dicendi ex Paulo Caſtrenſi , Duareno , Cujacio , & aliis cum judicio docet D. Retes *lib. 7. opuſculorum cap. 6. num. 11. & 12.* qui qua ſolet ſedulitate per plures ad noſtrum tractatum ſpectantes textus explicat , quos ideo exponere ſuperſedeo ; ſcribere enim ; non tranſcribere duxi. Solum moneo , ut pro intelligentia difficilium deciſionum Papiniani *in l. Mævius 66. §. 3. de leg. 2. & Marcelli in l. ſi quis duos 67. & in l. qui decem 72. §. 4. de ſolutionibus* præter magnum præceptorem , & interpretes ab eo relatos Conſulatis Cheſium 7. *interpretationum juris cap.* 50. *num.* 39. & 40. 57. 52. & præcipuè *num.* 72.

DON JOANNIS PUGÆ ET FEIJOO

JURISCONSULTI, ET PRIMARII ANTECESSORIS SALMANTICENSIS,

TRACTATUS ACADEMICUS XII.

De die certo contractibus adjecto ſivè ad §. omnis 2. inſt. de verb. oblig.

CAPUT PRIMUM.

De die certo contractibus adjecto.

1 DIFFUSUM æquè ac ſubtilem de die certo contractibus adjecto tractatum, quem claudit noſtri Imperatoris Juſtiniani contextus verno hoc tempore ideò ſelegi illuſtrandum, quia parum eſt tritus, & ſcholaſticis decertationibus ſumme neceſſarius. Dies ergo certus tanquam terminus à quo contractibus adjici poteſt, & adjectus obligationem quidem non differt *l. centeſimis* 46. *de verb. oblig.* quia tempus tanquam quid naturale non eſt modus inducendæ obligationis quæ eſt juris *l. obligationum* 44. §. 1. *de oblig. & action*, executionem tamen quæ facti eſt ſuſpendit *l. cedere* 213. *de verb. ſignif.* ubi ait Ulpianus quod ubi in diem quis ſtipulatus fuit, ſtatim quidem cedit dies, ſed nondum venit, quibus verbis hoc docet, ſcilicet diem adjectum non efficere, quominus præſens ſit obligatio, & id quod in contractum deductum eſt ſtatim debeatur, ſed ſolum exactionis effectum remorari, ita ut debitum ante diem exigi non poſſit *l. unica in fin. quando dies uſusfruct. l.* 3. §. *ult. de conſtit. pecun. l. non tantum* 9. *ff. ut legator. nomine caveat. l. qui hoc anno* 42. *l. eum qui* 138. *in prin. de verb. oblig. l. nihil* 186. *de reg. jur.* §. *qui hoc anno* 26. *& penult. de inutil. ſtipul.* ſed contra hoc principium ſic argues: ubi nulla datur neceſſitas ſolvendi nulla dari poteſt obligatio, ut conſtat ex definitione obligationis tradita à Juſtiniano *inſtit. in prin. de verb. oblig.* ſed ex contractu cui apponitur certus dies nulla datur neceſſitas ſolvendi ante diem, ergo nec ulla datur obligatio. Cui difficultati ommiſſa ſolutione Donelli *lib.* 15. *comment. cap.* 8. Reſpondeo quod licet ex contractu in diem collato non detur neceſſitas ſolvendi ante diem, inſpecto exitu exactionis datur tamen neceſſitas ſolvendi attento juris vinculo, per quod definitur obligatio, ex quibus facilè intelligitur vulgaris textus *in l. eum qui* 41. §. 1. *de verb. oblig.* ubi ſcribit Ulpianus diem adjectum ſtipulationi efficere ut præſenti die pecunia debeatur, nam verbum *debendi* cum effectu Juriſconſultus accipit, ut ſit ſenſus diem efficere, ut id quod in diem promiſſum eſt, ante non ita plenè debeatur, ut peti poſſit, in quo differt obligatio in diem ab ea quæ purè contrahitur, docet Donell. *in dict. l.* 41. §. 1. *num.* 44 *& dict. lib.* 15. *comm. cap.* 8. Qua eadem ſolutione intelligendi ſunt textus *in l. ſi ita ſtipulatus* 109. *de verb. oblig. l. in omnibus* 14. *quib. ex cauſ. in poſſeſ. eat.* juncto Oſſual. *lib.* 25. *cap.* 11. *litt. L.* & ſi qui ſunt alii, qui id quod in diem debetur, ante diem deberi negent.

Ex hac præſenti obligatione quam parit contractus in diem certum celebratus, præſens etiam naſcitur actio ex tempore conventionis ut tenet Antonius Gomez. *tom.* 2. *var.* 2

cap. 11. *num.* 21. & Oſſual. *decimo quinto comment. cap.* 8. *litt. D.* quorum ſententia probatur ex prædictis juribus, quibus præſens obligatio naſci dicitur ex contractu, cui apponitur certus dies, poſita enim præſenti obligatione non poteſt non poni præſens actio quæ ejus effectus eſt, ut ex dicto textu *in l. qui mandatum* 43. *mandati* probatur confirmaturque ex eo quod creditor qui ante diem agit plus tempore petere dicitur *in §. ſi quis agens* 33. *inſtit. de act.* & male agere *in dict. l. un. in fine quand. dies uſufr. leg. ced. l.* 2. *§. qui ita* 6. *de eo quod certo loco l. liber homo* 118. *§* 1. *de verb. oblig.* is verò qui nullam actionem habet veluti creditor conditionalis, ſi rem petat non plus petere nec male agere dicitur, ſed nihil agere, inutiliter agere dicitur & nihil conſumere *dict. l. un. in fine l. pecuniam* 36. *de reb. credit. l. bovem* 43. *§. penult. de Ædilit. edicto.* docent Cujac. *lib.* 22. *obſerv. cap.* 21. & Merillus *lib.* 3. *obſerv. cap.* 36. tandem ex eo roboratur, quod debitori qui ante diem convenitur, exceptione dilatoria opus eſt contra actionem in judicium deductam ut probant diſerti textus *in l.* 2. *§. item quæritur* 4. *de dol. mal. & met. except. & §. temporales* 10. *inſtit. de except.* Robertus *lib.* 1. *animadv. cap.* 16. Gomez *ubi nuper num.* 28. quidquid ſine ratione dicant Donell. *in dict. l.* 41. *de verb. oblig. num.* 41. Oſſual. *lib.* 15. *cap.* 8. *litt. D.* nec tunc obſtant textus *in l. certi condictio* 9. *in prin. de reb. creditis l. interdum* 73. *de verb. oblig.* in quibus aſſeritur ex obligatione in diem vel ſub conditione contractam ante diei adventum, vel conditionis effectum actionem non naſci, nam reſpondeo quod etſi ex obligatione in diem contracta ſtatim actio naſcatur, ante diem inefficax eſt, & ſine effectu, cujus intuitu antè diem agi non poſſe ſcribunt aliquando Conſulti, ſicuti & eodem ſenſu obligationem ante diem non oriri affirmant. Illuſtratur hæc interpretatio duplici eleganti exemplo, primum deducitur *ex l. Julianus* 13. *§. offerri* 8. *de act. empt.* ubi ait Ulpianus ſi non offeratur pretium nondum eſſe ex empto actionem, cum tamen certiſſimum ſit, perfecto contractu ſtatim naſci actionem ex empto, negat tamen actionem eſſe reſpectu effectus, nam cum uſus actionis ſit in exercitio, etſi maxime actio nata ſit, ſi nondum inſtitui poſſit, quoad effectum periode eſt ac ſi nondum nata fuiſſet. Secundum deſumitur *ex l. ſi rem* 9. *§. omnis* 3. *de pignor. act.* ubi aſſerit idem Ulpianus quod ante ſolutam omnem pecuniam actio pignoratitia non naſcitur cum tamen in veriori ſententia ſolidè fundat Bachovius *lib.* 5. *de pignorib. cap.* 16. certum ſit ſtatim ex tempore contracti pignoris pignoratitiam actionem oriri, negat verò actionem naſci ante ſolutam pecuniam, quia non poteſt antea effectu exerceri. Eodem modo attento effectu ex contractu in diem celebrato, ante diem actionem non naſci dicitur in expenſis juribus.

3 Ex eadem doctrina veniunt intelligendi textus *in l. ſi ſcripſiſſet* 46. *de legat.* 2. *l. ſi ſtipulatus* 76 *§.* 1. *l. ſi a colono* 89. *l. cum ſtipulamur* 125. *de verb. oblig.* in quibus in ſtipulationem ita conceptam: *quidquid te mihi dare, facere oportet*, id duntaxat venire dicitur quod purè non verò in diem, vel ſub conditione debetur, ea enim verba *dare facere oportet* ſolemnem conditionis formulam continent *§. ſic itaque* 14. *inſtit. de action.* & ex eis id agi apparet inter contrahentes, ut id ſolum veniat in ſtipulationem, quod per eam formulam effectivè exigi poſſit; ac proinde debitum in diem non intelligitur deductum in ſtipulationem, cum antè diem peti cum effectu non poſſit. docet Goffredus *in dict. l.* 46. *de legat.* 2. & Donellus *in dict. l.* 76. *§.* 1. *de verb. oblig.* aliud ſanè procederet ſi ita acciperetur ſtipulatio: *Quidquid te mihi dare oportet oportebitvè*, in quam venit quod in diem vel ſub conditione debetur *dict. l.* 76. *§.* 1. *de verb. oblig.* quia verbum *oportebit* futurum etiam tempus comprehendit *l. verbum* 8. *de verb. ſignif.* quod & in acceptilatione obſervatur textus ſic intelligendus *in l.* 18. *§.* 1. *de acceptil.* juncta reg. textus *in l. cum Aquiliana* 5. *de tranſact.* & in liberatione legata *l. ſi cui fundus* 16. *cum duab. ſeqq. de liberat. legat* ubi qui fundum in quinquennium locaverat colono ita legavit: quidquid eum mihi dare facere oportet oportebitvè ut ſineret hæres ſibi habere, & dicitur totam locationem legatam videri, ita ut hæres nec penſiones jam decurſas, nec illas quæ nondum venere exigere poſſit, ſed ſinere ut gratuito colonus fruatur, & eum à conductione liberare teneatur, per verbum *oportebit* ſi quidem liberatio relicta fuit, quod & penſiones nondum decurſas comprehendit. Non idem procedit ſi in ſtipulationem, acceptilationem ſeu liberationem id quod debetur ſimpliciter deductum fuerit, non adjecta conditionis formula, quo caſu id etiam, quod in diem debetur continetur, non quod ſub conditione, quia ex contractu cui dies adjicitur, præſens reſultat obligatio, & actio quoad juris vinculum, licèt non quoad executionem, unde facilè convincitur contraria ſententia quorumdam antiquorum quos ſequitur Gomez. *dict. tom.* 1. *var. cap.* 11. *num.* 28. deceptus autoritate textus *in l.* 46. *de legat.* 2. *cum aliis.*

Nec inanis eſt præſens obligatio quæ naſcitur ex contractu in diem certum celebrato, imo plus parit effectus, quos ſigillatim percurrere libet, Primus eſt quod id, quod in diem debetur ante diem per errorem ſolutum repeti non poteſt *l. in diem* 10. *l. ſufficit* 56. *de condict. indeb. l. fidejuſſor* 51. *mandati de fidejuſſorib.* quia cum ſola naturalis obligatio impediat repetitionem *l. naturalis* 10. *de oblig. & act. l.* 16. *§. naturalis* 4. *de fidejuſſor.* fortiori ratione mixta obligatio naturalis & civilis, quam ex contractu in diem collato oriri diximus debet repetitionem impedire, verum licet omnes interpretes admittant, id quod ante præfixum contractui diem per errorem ſolutum eſt, repeti non poſſe, in eo tamen valde diſſident, & anxiè retorquent, an ſi debitor qui ante diem ſolvit, interuſurium ſaltem ſeu medii temporis commodum, quod retenta pecunia ſentire potuerit, condictione poſſit repetere an non? in qua re Jaſon *in dict. l.* 10. *de condict. indeb.* 4

&

Digitized by Google

&. in l. 10. *C. de jur. & fact. ignor.* & Duarenus *in paraphraſi ad tit. de condict. indebit. cap.* 5. aſſerunt debitorem interuſurium poſſe repetere hujus ſententiæ fundamenta congerit Dyoniſius Gottofred. *in not. ad l.* 10. *de condict. indeb.* quorum primum hoc eſt, quia ei, qui plus re aut quantitate per errorem ſolvit, competit indebiti condictio *l. ſi pœna* 19. §. *fin. l. cum duo* 25. *l.* 40. §. 1. *de condict. indeb.* ergo & ei qui ante diem ſolvit, qui plus tempore ſolvere dicitur *in l.* 15. *de ann. legat.* §. *fidejuſſorum* 5. *inſtit. de fidejuſſor.* & §. 33. *inſtit. de action.* repetitio debet competere; conſequentia probatur tum quia à re ad tempus valet argumentum *l.* 41. *de teſtam. mil.* tum quia dies adjectus contractui eſt pars obligationis *l.* 1. §. 2. *de edendo.* & confirmatur ex eo quod ſcripſit Caliſtratus *in l. ſolidum* 85. *de ſolut.* ſolidum non ſolvi non minus quantitate quam die ſignificans: econverſo plus ſolvi non minus quantitate quam die ſignificavit, ergo nihil intererit, an plus quantitate an die per errorem ſolvatur, utroque caſu indebiti condictioni debet locus fieri; ſecundum ex eo deſcendit, quod indebiti condictio tota nititur æquitate *l.* 14. *hoc tit. l. hæc condictio.* 66. *de condict. indeb.* & id omne revocare conſuevit, quo quis factus eſt locupletior *l. ſi non ſortem* 26. §. *libertus* 12. *l. in ſumma* 65. §. *penult. eod tit.* atqui medii temporis commodo privari debitorem, & eo locupletari creditorem ſummè iniquum eſt, ergo debitor poterit interuſurium repetere. Tertium denique nititur autoritate Conſultorum, nam *in l. ſi conſtante* 24. §. *quoties* 2. *dig. ſolut. matrim.* Reſpondit Ulpianus quod ſi maritus qui de ſolutione dotis poſt certum tempus mulieri ſatisdare tenetur, ſatisdationem præſtare non poſſet, deducto commodo medii temporis reſiduum repræſentare compellitur, & *in l. ait prætor* 10. §. *cum in diem* 12. *l. omnis* 17. §. *ult. dig. quæ in fraud. credit.* dicitur, eum qui, quod in diem debet præſens ſolvit, fraudare creditorem intelligi, & creditorem conventum actione Pauliana, lucrum quod ex repræſentatione ſenſit, aliis creditoribus reddere teneri, ergo cum interuſurium poſſit à debita quantitate ſeparari, & actione Pauliana revocari, poterit etiam repeti per condictionem indebiti, quæ non minorem continet æquitatem.

5 Contrariam tamen ſententiam cui libenter ſubſcribo, acriter defendunt Bartolus & Baldus *in dict. l.* 10. *de condict. indeb. & in dict. l.* 10. *C. de jur. & fact. ignor.* Robertus *lib.* 1. *ſentent. cap.* 26. quibus aſſentire videtur Oſſual. *lib.* 14. *comment. cap.* 16. *litt. B.* ea ratione quia cum ſors ipſa ante diem ſoluta repeti non poſſit, neque interuſurium repeti poterit argum. textus *in l. eos* 26. *C. de uſur.* Quám ſententiam ſic probo: hoc ipſo quod ſors debeatur ante diem, utique & detur interuſurium, ergo neque ſors neque interuſurium repeti poteſt. Probatur antecedens ex eo quod interuſurium ineſt ſorti, ut eleganter diſputant Paulus & Papinianus *in l. debitor* 82. *de legat.* 2. & *in l. verbis* 5. *ad leg. Falcid.* ergo in conſequentiam debitæ ſortis interuſurium quoque debetur ac proindè debitor nihil repetere poteſt, Rurſus idem convincitur hoc ſolido & inevitabili fundamento: cujus per errorem dati repetitio eſt, ejus Conſulto dati donatio eſt *l. cujus per errorem* 53. *de reg. jur.* ergo ex contrario cujus Conſulto dati donatio eſt ejus per errorem dati repetitio eſt, & cujus Conſulto dati donatio non eſſet, ejus per errorem dati repetitio non eſt ut probat textus *in l. hoc jure* 19. §. *ſi quis* 4. *de donat.* tunc ſic: ſed ejus quod in diem debetur, ante diem Conſulto dati donatio non eſt adhuc reſpectu interuſurii: ergo ejus per errorem ſoluti repetitio non eſt; aſſumptum probatur tum ex eo quod id quod in diem debtur in veriori ſententia quam infra fundabo, & interim ſuppono, inviro creditori ante diem ſolvi poteſt *l.* 38. §. *inter cæteram* 16. *de verb. oblig.* ergo ejus quod in diem debetur ante diem Conſulto dati donatio non eſt adhuc reſpectu interuſurii: conſequentia patet, quia alioquin poſſet in invitum conferri donatio contra regulam textus *in dict. l.* 19. §. *non poteſt.* 2. *de donat. l. invito* 69. *l. invitum* 116. §. *fin. de reg. jur.* tum etiam *ex l.* 31. §. *quod vir.* 6. *de donat. int. vir. & uxor.* ubi docet Pomponius quod id quod in diem vir uxori debet ſine metu donationis præſens ſolvere poteſt, licèt commodum temporis, retenta pecunia ſentire potuerit: ergo ejus quod in diem debetur, ante eum dati nulla donatio eſt, alias enim non poſſet maritus quod in diem debet uxori præſens ſolvere, cum inter virum & uxorem donationes ſint prohibitæ, ſic hunc textum intelligo cum doctiſſimo Thom. Sanchez *de matrim. diſput.* 3. *num.* 10. licèt aliter eum explicet Præceptor meus D. Reies *lib. ſingul. de donat. inter vir. & uxor. cap.* 4. §. 1. *num.* 12. ergo ejus quod in diem debetur ante eum per errorem ſoluti repetitio non eſt, adhuc interuſurii reſpectu.

Nec aliud ſuadent contrariæ ſententiæ fundamenta, non primum cui reſpondeo in propoſito à re ad tempus argumentum non tenere, quia multum intereſt an debitor plus re ſolvat per errorem, an verò plus tempore; qui plus re ſolvit, partem indebitam ſolvit, quam jure condicere poteſt qui verò ante diem ſolvit, nihil indebitum ſolvit, cum non modo ſortem, ſed & interuſurium debeat, nec quod plus debitor ſolvere dicatur ad rem facit, nam plus ſolvit non quidem quam debeat, ſed quam ſolvere cogeretur, quoad vinculum enim juris cum ſorte interuſurium debetur, quoad effectum verò executionis ante diem non ſolum non debetur interuſurium, ſed nequè ſors, itaque licet debitum ſolvatur inſpecto vinculo obligationis, plus tamen ſolvi dicitur attento exactionis effectu. Nec magis urget ſecundum fundamentum immò in ipſos adverſarios facillimè retorquetur, ex eo enim quod indebiti condictio ex æquitate reſultet, potius evincitur debitorem qui ante diem ſolvit, nequè interuſurium poſſe repetere, quia cum illud una cum ſorte ante diem debeatur, nulla æquitas debiti ſoluti poteſt repetitionem inducere; fateor quidem debitorem medii temporis commodum retenta pecunia ſentire potuiſſe, & prærnatura ſolutione locupletari creditorem, id tamen 6

in

in cauſa eſſe non poteſt ut indebiti condictioni ſit locus, nam & ille qui quod naturaliter tantum debebat, per errorem ſolvit potuit noo modo interuſurii, ſed & totius pecuniæ commodum ſentire, cum nulla eo nomine actio adverſus eum competeret, & ea ſolutione creditor fuit factus locupletior; nec tamen indè infertur, id quod naturaliter tantum debetur per errorem ſolutum repeti poſſe. Neque etiam obſtat tertium, nam textus in eo expenſi ſolum probant poſſe interuſurium à debita quantitate ſeparari, qnod non negamos, nequè enim ex eo debitorem non poſſe interuſurium condicere aſſerimus, quod ſit ab ipſa ſorte inſeparabile, ſed quia cum inſit ſorti, & ex ea percipiatur, ante diem etiam debetur ad inſtar ipſius ſortis; neque ex eo quod medii temporis commodum revocetur per actionem Paulianam, evincitut poſſe repeti per condictionem indebiti, cum multum inter has actiones inteſſit actio Pauliana etſi regulariter non competat adverſus creditorem qui quod ſibi debetur recipit *l. 6. §. 6. cum ſeq. dig. quæ in fraudem credit.* competit ramen contra creditorem qui aute diem creditum accepit, quia Prætor eo edicto id agit, ut nullum damnum debitor credituribus inferat, & cum uni ex eis repræſentata ſolutio, reliquos lædat, medii temporis commodum revocat, dum fraudem in tempore fieri intelligir, quod hujus actionis naturæ non repugnat, quæ nonnunquam debitum ſolutum revocare ſolet *l. pupillus* 24. *quæ in fraud. credit.* ubi D. Retes *lib.* 3. *opuſc. ad lib ſingular. quæſt. Scævolæ publicè tractatarum*, at ex contrario indebiti condictio nunquam ad debitum ſed ſemper ad indebitum repetendum competit, ac per conſequens interuſurium, utpotè debitum repeti non poteſt per illam.

7 Verum adhuc ultra interpretes ſic ſubtilirer argues: ejus quod in diem debetur legatum purè creditori relictum utile eſt *l. 29. l. 84. §. ſi Sempronius 2. de legat. 1. l. 7. §. fin. de legat. 3. §. ex contrario 14. inſtit. de legatis*, & ratione interuſurii conſiſtit etiam in ipſa ſotte principali ut ex *dict. l. 82. de legat. 2. & ex dict. l. 5. ad leg. Falcid.* docet noſter Valent *lib. 3. illuſtr. tract. 5. cap. 2. num. 5.* ergo & ejus quod in diem debetur ante diem Conſulto dati donatio eſt, ac per conſequens ejus per errorem ſoluti eſt repetitio, tenet conſequentia quia legatum omne donatio eſt & liberalitas *l. legatum 36. de legat. 2. l. cum non facilè 6. dig. ſi cui plus quam per leg. Falcid.* ſed huic difficultati reſpondeo ex eo quod ejus quod in diem debetur legatum purè relictum utile ſit, oon inferri, ejus ante diem Conſulto ſoluti donationem eſſe, quia legatum non eſt abſoluta donatio & propria, ſed impropria ut denotat verbum *quædam* appoſitum in ejus definitione *§. 1. inſtit. de legatis* & animadvertit Oroz *lib. 1. de apicib. cap. 3. num. 4. & cap. 8. num.* 13. undè ſæpè contingit ut liberalitas quæ non ſufficit ad conſtituendam donationem ſufficiat ad conſtituendum legatum, ut ecce liberalitas quam exercet qui mutuam pecuniam dat gratuito vel ſub levioribus uſuris, non conſtituit donationem ſed motuum ot notum eſt, conſtituit legatum, ſi teſtator hæredem ſuum damnaverit ut gratuito vel ſub levioribus uſutis alicui mutuam pecuniam det, & legatarius eo nomine acquirit actionem ex teſtamento adverſus hæredem *l. ſi ſervus 108. §. ult. de legatis 1.* rurſus ſi quis quod naturaliter tantum debet, ſciens creditori dederit, non donare ſed ſolvere debitum dicitur *dict. l. 14. §. 4. de donat.* & tamen ſi teſtator quod naturaliter tantum debet juſſerit hæredem creditori præſtare utile legatum eſt *l. 40. §. 3. de cond. & demonſt.* quia ad ſubſtantiam legati ſufficit quod teſtator lucrum aliquod conferar legatario, quod non poſſit ipſe ab invito hærede extorquete licet alias illud debeatur, ſiquidem donari videtur quod nullo jure cogente conceditur, donatio conſiſtere non poteſt in eo quod aliquo jure debetur, cum jus extingui non poſſir *l. 29. de donat. l. 82. de reg. jur.* ſic pariter licèt medii temporis lucrum ſufficiat ad conſtituendum legatum, quoties id quod in diem debetur purè legatur, quia creditor legatarius acquirit emolumentum, quod ſine legato non habetet non tamen conſtituit donationem, quæ cum in eo quod debetur uou conſiſtat, neque etiam conſiſtit in præſenti ſolutione ejus quod in diem debetur, ac proindè debitor, qui ante diem ſolvit per errorem nihil repetere poteſt ex regula textus *in dict. l. 53. de reg. jur.*

Denique contra noſtram ſententiam ingens occurrit difficultas ex eo qnod id quod in diem debetur ante diem compenſari noo poteſt *l. quod in diem 7. de compenſat. l. ult. C. de compenſat.* ergo ſolutum ante diem retineri oon poteſt, ac per conſequens repeti poterit; probatur conſeqoentia, nam compenſatio inducitur per retentionem, & quidquid poteſt retineri poteſt compenſari *l. 6. de compenſat.* ubi quod naturâ tantum debetur non ob aliam rationem venit in compenſationem, niſi quia poteſt retineri, ergo cum id quod in diem debetur non poſſit ante diem compenſari, neque etiam poterit retineri ſed repeti poterit. Nec ſatisfacit & huic difficultati qui cum Donello 16. *comment. cap.* 15. Duareno *in paraph. ad tit. compenſ. cap.* 1. Fabro *in ration. ad l. 7. de compenſ.* dixerit ideo id quod in diem debetur, ante eum compenſari non poſſe, quia nec ante peti poteſt, & compenſatio licet ſit exceptio & inducatur per retentionem etiam vim repetitionis babere dicitur *l. amplius 15. rem rat. haber.* nam ſi hæc ſolutio vera eſſet, neque id quod naturali ſolum jure debetur veniret in compenſationem cum peti non poſſit, & tamen expeditum eſt id quod naturâ tantum debetur venire in compenſationem *l. 6. de compenſat.* ergo non ideo quod in diem debetur, ante diem non poteſt compenſari, quod ante diem peti non poſſit, quare hac ſolutione rejecta exiſtimo poſſe reſponderi: ea ratione id quod in diem debetur ante diem compenſari non poteſt, quia compenſatio cum fieri debeat uſque ad concurrentes qualitates *l. 4. C. de compenſ.* exigit æqualitatem debiti, quæ non datur inter id quod pure debetor & illud quod debetur in diem, plus eſt enim aliquid ſtatim dare, minus poſt tempus dare

ut

Digitized by Google

ut dicitur *in §. 5. inſtit. de fidejuſſoribus* nam deducto medii temporis commodo compenſatio admitti poteſt, cum adhuc ea deductione facta, inæqualitas detur inter debitum purum & debitum in diem, quia nonnullum commodum debitoris eſt, ut neque deducto interuſurio ante diem ſolvat, ut in eleganti ſæpe aiebat Paulus *in l. ſi mandavero 22. §. 1. mandati* unde ſtat optime quod debitum in diem non veniat in compenſationem, non enim quidquid debetur compenſatur, & quod per errorem ſolutum non repetatur, quia debitum ſolutum repeti nunquam poteſt, alia ſane cauſa eſt debiti naturalis, quod non modo retineri non poteſt, ſed & compenſari, qoia inſpectis regulis æquitatis in quibus nititur compenſatio æque dari oportet ac debitum mixtum naturale ſcilicet & civile *l. cum amplius 84. §. 1. de regul. jur.*

9 Nec banc doctrinam evertit textus *in l. cum militi 16. §. 1. de compenſat.* ibi: *id quod debetur ex cauſa judicati ante diem datum executioni judicati* (de quo *in l. intra diem 7. l. tempus 29. l. debitoribus 31. de re judic. l. ult. C. de uſur. rei judic.*) *poteſt compenſari*, nam ut huic objectioni eleganter reſpondit ipſe Papinianus *in dict. l. 16. §. 1. aliud eſt diem obligationis nondum veniſſe, aliud humanitatis gratia tempus indulgeri ſolutionis.* quibus verbis differentiam conſtituit inter diem adjectum obligationi ex mutuo conſenſu contrahentium, & diem datum ex humanitate abſque voluntate contrahentium ita ut id quod debetur in diem adjectum contractui, ante eum compenſari non poſſit, quia verum eſt diem obligationis nondum veniſſe, & inter contrahentes conveniſſe ut ante diem peti non poſſit, ejus verò quod debetur in diem humanitatis gratiâ adjectum ſolutioni ante diem admittatur compenſatio, nam verum eſt, diem obligationis non modo ceſſiſſe ſed veniſſe, & quod intra diem judicati agi non poſſit *dict. l. 7. de re judic.* non ex placito contrahentium provenit ſed ex humanitate quæ deficit, ubi de compenſatione tractatur, datur dies judicati, ut intra illum commode pecuniam explicare vel rem debitam tradere poſſint, cujus benignitatis ratio deficit proculdubio, cum agitur de objicienda compenſatione, ubi ille cui objicitur non pecuniam explicare cogitur, ſed pati, ut uſque ad concurrentem quantitatem debiti & crediti utrinque admittatur contributio, ſic docent licet non ſic explicent Donell. Duaren. & Anton. Fab. *ubi nuper.* Cujac. *lib. 3. queſt. Papin. in dict. l. 16. §. 1. de compenſat.* ex quibus infertur ejus quod debetur ab bis qui gaudent beneficio exceptionis ut in id ſolum, quod facere poſſint condemnentur (de quibus *in l. ſunt qui 16. cum plurib. ſeqq. de re judic.* ubi Donell. *lib. 27. comment.* illuſt. Ramos *in privato Sebediaſmate ad dict. l. 16.* & Dom. Gonzalex ad textum *in cap. 3. extra de ſolution.*) compenſationem objici poſſe cum hæc exceptio dilatoria humanitatis gratiâ indulgeatur tantum ut rectè docent Cuman. & Paulus Caſtrenſ. *in l. ſacere 28. ſolut matrim.* & ſolidè fundavi *in Accademico comment. ad tit. dig. & cod. quod cum eo qui in aliena poteſtate cap. 3. num. 27.* quidquid ex ſententia Alexandri dicat ſubtilis alioquin Petrus Barboſ. *in l. maritus 17. ſolut. matrim. num. 98.*

Secundus effectus qui provenit ex obligatione quæ deſcendit ex contractu in diem celebrato, ille eſt, quod id quod in diem debetur ante diem poteſt conſtitui *l. 3 §. ult. de conſtit. pecun.* quia cum vel naturale debitum poſſit conſtitui *l. 1. §. debitum 7. eod. tit.* majori ratione; naturale & civile ſimul debitum, quale eſt debitum in diem, poterit conſtitui. Accedit & illud quod conſtitutum vicem ſolutionis habere dicitur *l. idem eſt 10. de conſtit. pecun.* ſed quod in diem debetur, poteſt ante diem ſolvi *dict. l. 38. §. 16. de verb. oblig.* ergo & poterit conſtitui. Rurſus ut eleganter arguit Paulus *in dict. l. 3. §. ult.* cum propter has potiſſimum pecunias, quæ licet jam debeantur nondum peti poſſint, conſtituta fuerunt inducta id quod in diem debetur, & ante diem peti non poteſt, poterit utique conſtitui. Nec tunc obſtat textus *in dict. l. 3. §. 1.* nam quod ibi dicitur, id debitum quod per exceptionem poteſt elidi, non poſſe conſtitui, accipiendum eſt de perpetua & peremptoria exceptione, quæ obligationem & actionem inefficacem reddit, non de temporali & dilatoria, quæ ſolum exceptionem obligationis ſuſpendit ut docet Anton. Faber *in ejus textus rationali*, nec ſolum poteſt ex die obligatus ſe eadem die ſoluturum conſtituere, quo caſu præter priſtinam actionem acquirit creditor actionem *de conſtit. pecun.* quæ non parva utilitas eſt *l. 9. §. 1. de tribut. action.* ſed & poteſt citeriori die ſe ſoluturum conſtituere *l. 4. de conſtit. pecun.* quo caſu à veniente die in quem conſtitutum factum eſt, poteſt debitor actione de conſtituta pecunia conveniri, etſi nondum venerit dies præfixus priſtinæ obligationi; quæ doctrina ubi quis quod ipſe in diem debet certiori die ſe ſoluturum conſtituit, expedita eſt, ſed cum poſſit quis conſtituere non ſolum quod ipſe, ſed etiam quod alius debet *l. 5. §. quod exegimus 2. de conſtit. pecun. l. 1. C. eod. tit.* non inelegantet quæritur an valeat conſtitutum ſi quis conſtituerit ſe ſoluturum in diem citeriorem, quod alius debet in ulteriorem? Accurſius exiſtimat conſtitutum valere & in eo à fidejuſſione differre, nec ullum affert hujus opinionis fundamentum; ex oppoſito Cujacius *lib. 29. Pauli ad edictum in dict. l. 4. de conſtit. pecun.* aſſerit quidem conſtitutum valere, negat tamen à fidejuſſione differre, nam ſentit pro reo in diem obligato fidejuſſorem pure accipi poſſe, eo effectu ut non expectato die adjecto principali obligationi ſtatim poſſit conveniri ea ſola ratione, quia licet debitor principalis non ante diem conveniri poſſit, tamen obligatus eſt, cum obligatio in diem collata præſens dicatur *in dict. l. 46. de verb. oblig. cum ſimilib.* & quia nullo juris loco ſcriptum eſt pro reo in diem obligato fidejuſſorem pure accipi non poſſe; ſed quam falsa ſit hæe opinio, & quam infirma ejus ratio, vel ex eo conſtat, quod certi juris eſt pro reo in diem obligato, fidejuſſorem pure obligari non poſſe, quia fidejuſſor non poteſt obligari in duriorem cauſam, quam reus principalis *l. 8. §. illud 1. de fidejuſſor.* & durior eſt cauſa debiti puri quam 10

Digitized by Google

quam debiti in diem *l. 3. §. 1. l. illud 8. l. ex pluribus 89. §. ult. juncta l. eum ex pluribus 103. de ſolution.* quibus non obſtat textus *in l. 1. eod. tit.* pro cujus explicatione Conſulendus eſt Oſſuald. *lib. 16. comment. cap. 12. littera D.* probant etiam hanc doctrinam diſerti textus *in l. ſi ita ſtipulatus 14. in fine de verb. oblig. & in dict. §. 5. inſtit. de fidejuſſor.* & expreſſior textus *in l. fidejuſſor. 16. §. 5. eod. tit.* ubi Cujacius *lib. 53. dig. Juliani* ſibi contrarius hoc ipſum agnoſcit. Tandem hoc Aſſumptum manifeſtè convincitur ex eo quod quia pignus acceſſio eſt principalis obligationis licet in diem contractæ accedere poſſit *l. res hypotheca 5. de pignorib.* dies tamen principali obligationi appoſitus in pignore intelligitur repetitus *l. 4. de diſtract. pignor. l. 5. §. 1. quib. mod. pign. vel hypoth. ſolv.* ſi paciſcatur creditor , ne intra annum pecuniam petat , idem quoque de hypotheca pactum intelligit , cum ſolvendæ pecuniæ dies pacto profertur , conveniſſe videtur , ne ipſius videndi pignoris poteſtas exerceatur , quibus pignus vel hypotheca ſolvitur , nec poteſt pure accedere obligationi in diem collatæ *l. qui in principio qui potior. in pign. hab.* docent Cujacius *tract. 8. ad African. in dict. l. 9.* Anton. Faber *in rationali poſthumo ad dict. l. 5. de pignor.* Bachov. *de pignorib. 6. lib. 1. cap. ult.* ergo nec fidejuſſor , qui pariter accedit obligationi principali poterit purè accipi pro reo in diem obligato , nec aliud ſuadet regula *in l. quod 7. de fidejuſſor.* ubi quod dicitur cujus obligationis nomine , ex cujus cauſa ſolutum repeti non poteſt , fidejuſſorem accipi poſſe , ita demum procedit , ut poſſit quidem fidejuſſor fortiori vinculo obſtringi quam reus principalis , & ſic in duriorem cauſam intenſivæ obligationis , quod tunc contingit , cum pro reo naturaliter tantum obligato intercedit , quem caſum apertè Julianus tractat in eo textu , non tamen ut poſſit in duriorem cauſam obligari extenſivè quamvis pro reo naturaliter & civiliter obligatio accipiatur , ut tenet Donellus *lib. 15. comment. cap. 18.* unde licet obligatio in diem collata præſens ſit , & debitum in diem per errorem ſolutum repeti non poſſit , ejus obligationis nomine fidejuſſor purè non poteſt obligari , quia in duriorem cauſam extenſivè obligaretur hoc ipſo , quod plus tempore deberet , quod eſt contra naturam obligationis fidejuſſoris.

31 Accurſii itaque & Cujacii opinionibus rejectis veriorem cenſeo ſententiam Antonii Fabri qui in rationali *ad dict. l. 9. de conſtit. pecun.* docet quod quamvis perplures ſint differentiæ inter conſtitutum & fidejuſſionem quarum nonnullas ipſe congerit in rationali *ad l. 1. ejuſdem tit.* tamen quoad hanc juris partem inter conſtitutum & fidejuſſionem nihil intereſt , quia non ſolum in fidejuſſore , ſed etiam in univerſis qui pro aliis obligantur , commune illud eſt ut non poſſint obligari in duriorem cauſam extenſivè quam reus principalis *dict. l. 8. §. 7. de fidejuſſor.* ſed qui conſtituit ſe ſoluturum quod alius debebat , ſe obligat pro alio *dict. l. 1. §. 1. de conſtit. pecun. juncto integro titulo dig. & cod. ad Velleian.* ergo exemplo fidejuſſionis inutile eſſe debet conſtitutum , ſi quis citeriori die conſtituat ſe ſoluturum quod alius debet in ulteriorem. Sed tunc ſubtiliter inſtabis : ergo pariter inutile erit conſtitutum ſi quis citeriori die conſtituat ſe ſoluturum , quod ipſe debet in ulteriorem. Conſequentiam ſic probabis : conſtitutum indiſtinctè eſt prioris obligationis acceſſio *l. quidquid 33. de donation.* ſed generaliter non poſſe plus eſſe acceſſoria , quam in principali obligatione ſcriptum eſt *in dict. §. inſtit. de fidejuſſor.* ergo ſi quis citeriori die ſe ſoluturum conſtituat , quod ipſe debet in ulteriorem , inutile debet eſſe conſtitutum ; Verum reſpondeo conſtitutum exigere quidem præcedens debitum , ſive debitum ſit , ſivè non ſit , quod conſtituit , tenet tamen conſtitutum , quare ſi poſt tempus obligationis ſe ſoluturum quis conſtituerit , tenet conſtitutum , ſed non eſſe prioris obligationis acceſſionem , & actionem de conſtitura pecunia non eſſe acceſſoriam prioris , ut falsò exiſtimarunt antiquiores , ſed æque principalem ut probant textus *in l. item illa verba 18. §. 1. l. 19. §. ult. de conſtit. pecun.* licet inſpici ſoleat cauſa & origo conſtituti , quod ſolum probatur *ex dict. l. 33. de donation.* quapropter nihil prohibet plus tempore eſſe in conſtituto quam in priori obligatione ubi quis citeriori die ſe ſoluturum conſtituit , quod debet in ulteriorem cum poſſit dilationem ſolutionis ſuo favori appoſitam remittere , quod fieri non poteſt quoties fidejubet quis ſe ſoluturum citeriori die , quod alius debet in ulteriorem , ex regula textus *dict. l. 8. §. 7. de fidejuſſor.* ex quibus intelligo textum *in l. 2. verſ. & dubitaretur C. de conſtit. pecun.* ubi Juſtinianus ſcribit à veteribus dubitatum fuiſſe an debitum in diem poſſet conſtitui , & forſan aliqui ducti nuper expenſa ratione dubitandi , exiſtimarunt inutiliter in citeriorem diem conſtitui ; prævaluit tamen contraria ſententia quam ſequitur Imperator *in dict. l. 2.* quam aliter exponit Franciſcus Raguiellus *ad deciſ. juſtin. ad eum textum.*

Tertius effectus quem parit obligatio in diem contracta in eo conſiſtit quod id quod in diem debetur ante diem novari poteſt *l. in diem 5. l. Stichum 8. §. 1. de novation.* quia cum ſola naturalis naturalis obligatio poſſit novari *l. 1. §. 1. eod.* urgentiori ratione mixta obligatio quæ ex contractu in diem celebrato reſultat , novari poterit , & quidem ita ut novatio ſtatim contingat ad differentiam obligationis conditionalis , quæ non ſtatim novatur , ſed ubi conditio extiterit *dict. l. 8. §. 1. l. quoties 14. §. 1. de novation.* non tamen ita ut ex ſtipulatione innovante agi poſſit ante diei adventum , niſi aliud à contrahentibus actum apparuerit , nam in dubio dies priſtinæ obligationis in novante ſtipulatione creditur repetitus ut ſuadent textus *in l. qui ſic ſtipulatur 47. de verb. oblig. l. 8. cum ſeqq. ut legator.* cui doctrinæ primum opponi poteſt textus in *l. ſi dari 25. de verb. oblig.* ubi ſi quis ſibi dari ſtipuletur quod jam ei ex ſtipulatu debebatur , cujus ſtipulationis nomine tutus erat exceptione promiſſor , poſterior ſtipulatio ita conſiſtit ut non poſſit per exceptionem ſubmoveri , tunc ſic ; en ubi exceptio Prætoria competens contra primam ſtipulationem 32

pulationem in ſecunda non intelligitur repetita, ergo nec exceptio dilatoria producta ex die adjecto priſtinæ obligationi in novante ſtipulatione debet intelligi repetita; ſed reſpondeo *in dict. l.* 25. contra ſecundam ſtipulationem non competere exceptionem quia prioris obligationis nomine promiſſor tutus erat, quia id à contrahentibus actum fuiſſe, ex eo facile dignoſcitur, quod alias poſterior ſtipulatio inutilis eſſet, nam qui bis idem ſtipulatur poſteriori ſtipulatione nihil agit *l. quoties* 18. *de verb. oblig* ut itaque poſterior ſtipulatio valeat in ea remiſſa creditur exceptio ex regula textus *in l. quoties* 8. *de verb. oblig.* remiſſa enim exceptione alia eſt ſecunda ſtipulatio à prima, ut conſiderat cum judicio Donellus *in dict. l.* 18. *de verb. oblig. at in dict. l.* 17. prior obligatio non ex ſtipulatione ſed ex alio contractu deſcendit & novatur per ſtipulationem, quæ non ex eo redditur inefficax quod dilatoria exceptio repetita credatur, nec dici poteſt nil novi adjectum eſſe in ſecunda obligatione, quia ad inducendam novationem ſufficit ex nova cauſa debiti §. *præterea* 3. ubi notant interpretes *inſt. quibus mod. tollitur oblig.*

13 Sed adhuc contra noſtram aſſertionem argui poteſt ex eo quod priſtina obligatione per novationem ſublata, in neceſſariam conſequentiam ejus omnes qualitates extinguuntur, pignora ſcilicet, uſuræ, pœnæ *l.* 15. *l.* 18. *l.* 5. *l.* 27. *de novat.* & privilegia primi actioni inhærentia *l. ſi pupillus* 9. *l.* 29. *eod. tit.* & ex generali regula textus *in l. in omnibus* 48. *de ſolution.* in ſtipulatione novante repetita non intelliguntur ut ex his juribus conſtat, quia in ſtipulationem, ut pote ſtricti juris contractum, id ſolum venit quod verbis contrahentium nominatim expreſſum eſt *l. quidquid* 99. *de verb. oblig. l. ſi ſtipulatus* 44. *de fidejuſſor.* ergo nec certus dies priſtinæ obligationi adjectus, quia ejus qualitas eſt, in ſtipulatione novante debet intelligi repetitus. Huic difficultati, quæ me multum torſit, reſpondeo dicendum eſſe, diem non eſſe qualitatem obligationis, ſed ejus eſſentiam afficere quoad effectum ſolutionis, ut probatur ex noſtro §. 2. ubi dicit Juſtinianus aliam eſſe obligationem in diem ab obligatione pura, quapropter novatione ſequuta licet omnes prioris obligationis qualitates tollantur, non ideo tollitur dies, nam illud novationis proprium eſt, ut veterem obligationem prout in ſe eſt in novantem obligationem transferat, & transfundat, & ſi alicui hæc ſolutio diſplicuerit ex mente Bartoli *in dict. l.* 29. *toto tit. de novat.* qui præſentem difficultatem agnovit, diſcrimen conſtituo inter illas priſtinæ obligationis & actionis qualitates, quæ commodum creditoris continent, quæ priſtina obligatione per novationem ſublata extinguuntur, nec in novatione repetita creduntur ut probant textus in argumento expenſi, & eas quæ favorem debitoris reſpiciunt, quæ licet una cum veteri obligatione tollantur, in novatione tamen repetita creduntur, niſi aliud à contrahentibus aliter actum ſit; hujus diſcriminis rationem, quam Bartolus non aſſignat, exiſtimo poſſe peti ex natura ſtipulationis, quæ cum ſit ſtricti juris contractus, & ſolum promiſſorem vinculo obligationis obſtringat, interpretationem aut extenſionem in favorem ſtipulantis contra promiſſorem recipere non poteſt, & è converſo ex eadem ratione in gratiam promiſſoris contra ſtipulantem extenſionem ſeu interpretationem non reſpuit *dict. l.* 99. *de verb. oblig.* & cum dies, etſi maximè ſit qualitas obligationis, ſit in gratiam debitoris adjectus *l. cum tempus* 17. *de reg. jur.* in ſtipulatione novante debet intelligi repetitus juxta naturam ipſius ſtipulationis, quia non eſt veriſimile debitorem plus promiſiſſe in ſtipulatione novante, quam priſtina actione præſtare cogeretur, ut de venditore, qui novandi animo rem venditam dare promiſit, Papinianus aiebat *in l. ſi ſtipulatus* 4. *dig. de uſur. & fructib.*

Quartus effectus, quem producit præſens obligatio reſultans ex contractu in diem collato eſt, quod debitor poteſt ante diem invito creditori debitam pecuniam ſolvere, quam ſi creditor accipere recuſet in mora conſtituetur, & debitori licebit obligationis remedio ipſo jure ab obligatione liberari perinde ac ſi pure geſtus eſſet contractus, ut tenet Donellus *ad l.* 14. §. 1. *de verb. oblig. ex num.* 7. Oſſuald. *lib.* 16. *comment. cap.* 11. *litt. C.* Gomez *tom.* 2. *variarum cap.* 15. *num.* 22. probatur hæc ſententia *ex l. quod quis* 50. *de oblig. & action. dict. l.* 38. §. 16. *de verbor. oblig. l. quod certa* 70. *de ſolution. l.* 15. *de ann. legat.* in quibus dicitur, id quod certa die debetur & ſtatim dare & ſolvi poſſe, ergo & invito creditori ſolvi poteſt, nam poſſe quis dicitur, quod ſuo jure poteſt, etiam invito adverſario *l. quod ſtipulatur* 10. *l. ſi ita ſtipulatus* 59. *de ſolut.* confirmatur *ex l. ult.* §. 6. *de verb. oblig. l. qui res* 98. §. *mihi dare* 4. *de ſolution.* quibus aſſeritur, quod cum quis ſibi aut alteri ſtipulatur, poſſunt diverſa tempora aſſignari veluti mihi Kalendis Januariis, aut Titio Kalendis Februariis dare ſpondes, & citerior dies poteſt in adjectum conferri, veluti mihi Kalendis Februariis aut Titio Kalendis Januariis, quo caſu Titio adjecto ſolvi poteſt, nam ſolutio quæ confertur in perſonam adjecti, nec præcedit obligationem quæ præſens eſt ex tempore conventionis, nec eſt anterior ſolutione collata in ſtipulantem cui promiſſor poteſt ſuo jure ſolvere ante Kalendas Februarias ſicuti & adjecto. Rurſus *in dict. l.* 38. §. 16. quod dixerat Ulpianus id quod in diem debetur, ante diem ſolvi poſſe, ea ratione fulcitur quia totum medium tempus liberum ad ſolvendum promiſſori relinquitur, ergo reluctante creditore poteſt debitor ante diem ſolvere. Denique hoc ipſum convincitur ex eo quod diei adjectio pro reo eſſe dicitur non pro ſtipulatore *dict. l.* 41. §. 1. *de verb. oblig. dict. l.* 17. *de reg. jur.* ergo poterit debitor dilationem contemnere & ante diem invito creditore ſolvere ex regula textus *in l. judex* 41. *de minorib. l. penult. C. de pactis.* 14

Nunc ſatisfacimus fundamentis quibus nititur magnus Cujacius *in dict. l.* 38. §. 16. *de verb. oblig. & lib.* 23. *obſerv. cap.* 23. & Guillelmus Maſius *lib. ſing. opin. cap.* 4. qui à noſtra ſententia receſſerunt contendentes debitorem non poſſe invito creditori ante diem 15

ſolvere. Expendunt primò textum *in l. ſi ſoluturus* 39. *de ſolution.* ubi aſſerit Africanus juſtam eſſe cauſam recuſanti ſolutionem ſi inopportuno tempore aut loco debitor pecuniam offerat , ſed facilè reſpondeo cum Donello *in dict. l.* 41. §. 1. *de verb. oblig. num.* 48. verum quidem eſſe juſte recuſare creditorem pecuniam inopportuno tempore oblatam accipere , ſed inopportunom tempus non eſſe , quod diem contractus adjectum antecedit , ſi quæras quodnam ergo tempus erit inopportunum , tempus eſſe cum offert pecuniam ante diem appoſitum in gratiam creditoris , qui eam ante diem accipere non cogitur ut poſtea dicemus , aut ſi creditori neceſſario negotiis occupato offertur , nam neque oneroſus creditor nec delicatus debitor ferendus eſt ut aiebat Juriſconſultua *in l. ſervus* 25. *in fine de pignor. act.* inducunt etiam text. *l. illa verba* 18. *de conſtit. pecun.* ubi explicans Ulpianus illa verba edicti : ſi appareat per actorem non ſtetiſſe quominus fieret quod conſtitutum eſt quæ referuntur *in l. ſi duo* 16. §. *ait prætor* 2. *eod. tit.* ait ad diem conſtituti eſſe referenda , ſignificans creditorem ante diem conſtituti impune recuſare pecuniam accipere , & non eo minus habere actionem de conſtituta pecunia , dummodo ad diem conſtituti per eum non ſteterit quominus pecuniam acciperet , ergo ſentit creditorem non ideo in mora conſtitui , quod pecuniam ante diem oblatam accipere recuſarit , verum ut recte animadvertit Donellus ubi nuper *num.* 49. hic textus noſtram potius ſententiam confirmat , neque enim in eo negat Ulpianus moram commiſiſſe creditorem qui pecuniam ante diem oblatam accipere recuſavit , imo in ſuppoſitione quod moram commiſerit , dubitat , an ideo actionem amiſerit ? & reſpondet non amiſiſſe , quod indiſtinctè procedit in omnibus creditoribus , qui etſi in accipiendo moram fecerint integras actiones ſuas retinent , quandiu res debita extabit *l. illud.* 17. *de peric. & commodo rei vend. l. qui decem* 72. *de ſolution.* licet fateatur illud ſingulare eſſe ex verbis edicti ut ſi ante diem conſtituti vel poſtea per actorem ſteterit actio de conſtituta pecunia , poſſit per exceptionem ſubmoveri *dict. l.* 18. §. *ult. cum l. ſeq. de conſtit. pecun.* opponunt ulterius difficilem textum *in l. ſed ſi ante diem* 10. *ad Trebell.* ubi dicitur quod ſi hæres in diem hæreditatem reſtituere rogatus eam ante diem reſtituerit non transferuntur actiones ex ſenatusconſulto Trebelliano , quia non ita reſtituitur hæreditas ut teſtator rogavit , ergo id quod in diem debetur ante diem ſolvi non poteſt , ſed pluribus ſolutionibus omiſſis cum Donello *lib.* 7. *comment. cap.* 10. & Peregrino *de fideicom. art.* 1. *num.* 36. *& art.* 11. *num.* 45. *cum ſeqq.* quos ſequitur illuſtriſſimus Ramos *in manuſcriptis ad l.* 19. *de vulgari num.* 22. breviter reſpondeo quod hæres fiduciarius in diem certum hæreditatem reſtituere rogatus poteſt eam ante diem reſtituere *l.* 1. §. *ſed ſi* 9. *l. recuſare* 6. §. *ult. l. cogi* 16. §. *cum quidam* 7. *ad Trebell.* Neque obſtat textus *in dict. l.* 10. qui accipiendus eſt de fideicommiſſo in diem incertum relicto ut ſuadet æquiparatio quam adhibet Conſultus inter diem & conditionem juncta vulgari regula textus *in l. dies incertus* 75. *de condition. & demonſt.* quod ante diei adventum non poteſt reſtitui ad inſtar fideicommiſſi conditionalis , quia id quod in diem incertum debetur , antequam dies veniat , ſolvi non poteſt *dict. l.* 38. §. 13. *de verb. oblig.*

Hæc itaque procedunt , ſi dies ut plerum- 16
que fieri ſolet in gratiam debitoris adjectus ſit , at ſi in gratiam creditoris appoſitus , ut aliquando contingit non poteſt debitor ante diem invito creditori ſolvere , ut ecce contractus , cui locus adjicitur in diem confert , & tacitè complectitur tempus quoad deſtinatum locum poſſit pervenire *l.* 2. §. *qui ita* 6. *de eo quod certo loco. dict. l.* 41. §. 1. *l. interdum* 73. *de verb. oblig.* §. *loca* 6. *inſtit. eod. tit.* & tamen quia locus non ſolius creditoris ſed & debitoris gratiâ adjicitur *l.* 1. *&* 2. *de eo quod certo loco* , id quod certo loco debetur , alio loco invito creditori ſolvi non poteſt *l. pen. eod. tit.* textus ſic intelligendus cum Donello *in ejus comment. in l. qui Romæ* 122. *in prin. de verb. oblig.* rejecto Antonio Fabro *lib.* 1. *conject. cap.* 1. Nec huic doctrinæ obſtat textus *in l. continuus* 137. §. *cum ita* 2. *de verb. oblig.* ubi reſpondet Venuleius : eum qui certo loco dare promiſit ubique poſſe ſolvere , ea ratione , quia & quod in diem debetur ante ſolvi poteſt , licet contra peti non poſſit. Nam reſpondeo id ita demum eſſe intelligendum ſi creditoris conſenſus interveniat , & æquiparatio quam ponit Conſultus inter id quod certo loco debetur , & illud quod in diem debetur ita exaudienda eſt : quod ſicuti id quod debetur in diem , ante ſolvi poteſt , licet nondum poſſit peti , ſic & quod certo loco debetur ubique poteſt ſolvi , licet non ubique peti poſſit. Non verò negat Venuleius id quod certo loco promiſſum eſt , alio loco invito creditori ſolvi non poſſe ad differentiam ejus quod debetur in diem adjectum in gratiam debitoris , ita Donellus *in dict. l.* 137. §. 2. *num.* 6. *&* 7. ex quibus principiis intelligendus eſt textus *in l.* 3. §. *quod ſi ſervum* 14. *de ſtatu liberis* , ubi ſervus qui annua , bima , trina die dena dare & liber eſſe juſſus eſt tota ſimul obtulit hæredi non expectato die , & ait Ulpianus benignius eſſe ut ad libertatem perveniat ; quæ deciſio inngentem continet difficultatem , etenim ſi propter favorem libertatis receptum eſt , quod ſervus poſſit ante diem invito hæredi pecuniam offerre , in aliis cauſis non æque favorabilibus contrarium procul dubio obtinebit , ac proinde quod in diem debetur , ante diem invito creditori ſolvi non poterit. Verum ſolutio ex eo facile deſumitur quod in propoſito dies adjectus fuit , non modo in gratiam ſervi , ſed & præcipuè in gratiam hæredis , cujus intereſt dominium ſervi per triennii ſpatium retinere ; quapropter ſecundum ſtricti juris regulas non potuit ſervus totam ſimul pecuniam , non expectato die , invito hæredi offerre , ſed ut eo modo poſſit conditioni parere opus fuit libertatis favore qui eo prætextu inducitur quaſi celeritas præmaturæ ſolutionis medii temporis commodum , quod & ſervo parare dominus poſſet quodammodo compenſare videatur ut ratiocinatus Conſultus *in l. ſi ita*

fuerit

Digitized by Google

fuerit 41. §. 1. *de manum. teſtam.* docet Briſonius *lib.* 1 *de ſolution. pag.* 196. quem ſequitur Oſſuald. *dict. lib.* 16. *comment. cap.* 11. *littera C.*

17 Quintus & ultimus effectus qui naſcitur ex præſenti obligatione quem parit contractus in diem conceptus in eo vertitur, quod id quod in diem debetur ante diem acceptum fieri poteſt, & quidem ita ut acceptilatio ſtatim obligationem extinguat. Hæc ſententia ſolum quem ſciam Accurſium haber patronum in locis ſtatim referendis, cæteri enim interpretes tam moderni quam antiqui fatentur quidem id quod in diem debetur ante diem acceptum ferri poſſe, ſed negant obligationem ſtatim per acceptilationem extingui. Accurſii tamen ſententiam, quod ipſe non præſtat, duobus ſolidis fundamentis ex juris ratione deſumptis confirmo. Primum hoc eſt ſicuti per novationem civiliter extinguitur obligatio ſic & acceptilatio eſt modus civilis extinguendæ obligationis *l. penult. de ſolut.* ſed cum debitum in diem novatur obligatio ſtatim tollitur per novationem ut dicebam *num.* 12. *ex l.* 5. *&* 18. §. 1. *de novation.* ergo pariter eum acceptum fertur obligatio debet ſtatim per acceptilationem extingui Secundum fundamentum ſic ſe habet; acceptilatio liberat exemplo ſolutionis *l. in diem* 5. *de acceptil. l. ſub conditione* 16. *de ſolut.* ſed ejus quod in diem debetur ante diem facta ſolutio confeſtim tollit obligationem (uti jam vidimus) ergo & acceptilatio debet ſtatim obligationem in diem contractam extinguere, ſed jam contrariæ opinionis tutores nobis opponunt Pomponium *in l. quod in diem* 12. *de acceptilation.* qui expreſsè docet quod id quod in diem, vel ſub conditione debetur ita demum tollitur per acceptilationem ſi dies venerit, vel conditio extiterit, ergo acceptilatio non ſtatim extinguit obligationem in diem collatam ſed cum dies venerit. Verum optimè Accurſius *in dict. l.* 12. *& in dict. l.* 8. §. 1. *de novation.* reſpondet Pomponium accipiendum eſſe de eo quod in diem incertum debetur, quam ſolutionem probo duplici ratione ex ipſius textus littera deducta. Prima ex eo ſumitur quod Conſultus diem æquiparat conditioni, & ſolus dies incertus poteſt æquiparari conditioni. Secunda & fortior deducitur ex eo quod ait: *ita demum tolli obligationem ſi dies venerit*, ergo de eo die loquitur qui poteſt non venire ac per conſequens non de certo, quem venturum eſſe certum eſt, ſed de incerto qui ſolus poteſt non venire; conſequentia patet, nam ſi de certo die loqueretur, abſurdè diceret, *ſi dies venerit*, cum non poſſet non venire, ſed diceret *cum dies venerit*, itaque ſententia textus hæc eſt, quod in diem incertum, vel ſub conditione debetur ita demum tollitur per acceptilationem, ſi dies venerit, vel conditio ſteterit, quia cum ex contractibus ſub incerto die, vel ſub conditione celebratis obligatio non oriatur ante diei adventum, vel conditionis exiſtentiam, neque etiam ante poteſt extingui ex regula textus *in l. decem* 146. *de verb. oblig. l. & per jusjurandum* 13. §. *qui ita* 9. *de acceptilat.* Nec quod acceptilatio, utpote actus legitimus conditionem recipere non poſſit *l. actus* 77. *de reg. jur.* ad rem facit, nam id verum eſt in expreſſa conditione, non verò in tacita, quam commodè actus legitimi recipiunt *dict. l.* 77. Donell. *lib.* 6. *comment. cap.* 8. ubi Oſſuald. *litt. F.* dominus Retes *lib.* 6. *opuſc. cap.* 6. *num.* 20. opponi etiam poteſt textus *in l. niſi conſentiat* 14. *de acceptil.* ubi ad hoc ut per acceptilationem liberatio contingat, exigitur ut acceptilatio cum obligatione conſentiat, ſed acceptilatio quæ ſtatim operatur, non conſentit cum obligatione in diem quæ non ſtatim operatur, ſed adveniente die, ergo obligatio in diem non illico per acceptilationem extinguitur. Sed facilè reſpondeo verum eſſe liberationem non contingere, niſi conſentiat acceptilatio cum obligatione, cujus rei extant exempla *in dict. l.* 13. §. 1. *illud* 2. *cum ſeqq. & § eum qui* 5. *de acceptilat.* ſed acceptilationem quæ ſtatim operatur, non diſſentire ab obligatione in diem quæ præſens eſt ex tempore contractus, quia cum acceptilatio primo & principaliter tendat ad extinguendam obligationem optimè conſentit cum obligatione in diem, quæ quoad juris vinculum perinde præſens eſt, ac ſi pure geſtus fuiſſet contractus.

Difficiliorem ſane nexum habet ignotus vulgò ad rem textus *in l. licet* 43. §. 1. *de jure dot.* ubi ſi extraneus acceptam tulerit obligationem marito dotis conſtituendæ cauſâ, eo ſcilicet animo, ut pecunia debita converteretur in dotem, docet Ulpianus ſoluto matrimonio non eſſe reſtituendam veterem obligationem, quæ prorſus extincta fuit, ſed petendam eſſe pecuniam in veteri obligatione contentam, tanquam ſi dos in pecunia conſiſteret ſecundum ſua tempora, id eſt tribus annuis penſionibus, in quibus olim ſolvebantur dotes in rebus fungibilibus conſiſtentes ut tradit idem Ulpian. *in fragm. tit.* 6. *de dotibus* §. *dos* 8. progreditur & ait hoc verum eſſe ſi pura præſensque fuit obligatio per acceptilationem ſublata; ſi verò in diem fuit obligatio, & ante diei adventum ſolutum ſit matrimonium, aſſerit ita faciendam eſſe reſtitutionem, ut in diem priſtinum vetus reſtauretur obligatio, & tandem concludit, idem eſſe dicendum, ſi conditionalis fuerit obligatio, & ante exiſtentiam conditionis ſolutum ſit matrimonium, ex quo textu ſic argui poteſt: ideo ubi pura fuit obligatio non reſtauratur, ſed dos ſecundum ſua tempora reſtituitur, quia obligatio extincta jam fuit per acceptilationem, atqui obligatio in diem reſtituitur, ergo ante diem non fuit extincta per acceptilationem; Rurſus in præſenti obligatio in diem æquiparatur obligationi conditionali: ſed obligatio conditionalis non extinguitur per acceptilationem ante exiſtentiam conditionis *dict. l.* 12. *de acceptil.* ergo nec obligatio in diem poterit ante diem extingui per acceptilationem. Quibus difficultatibus omiſſis quas late comminiſcitur D. Retes *in repetita prælectione ad l.* 83. §. *ſacram* 5. *de verb. oblig. aſſertione ult. de obligat. ſemel extincta non ſuſcitanda num.* 46. *cum duobus ſeqq.* nullo duce reſpondeo in ſpecie textus *in dict. l.* 43. §. 1. obligationem in diem ſtatim extinctam fuiſſe per acceptilationem, neque in eo dif- 18

ferre ab obligatione pure contracta , ſed in eo ſolum quod ubi pura fuit obligatio non reſtauratur , ſed dos ſuis temporibus reſtituitur , ubi autem in diem fuit contracta in diem priſtinum reſtauratur , cujus differentiæ ratio ex eo dependet ,quod ubi pura fuit obligatio , pecunia in ea contenta , acceptilatione ſequuta , illicò per fictionem brevis manus converſa fuit in cauſam dotis *l. promittendo* 41. §. 2. *de jur. dot.* quæ ea ratione ſecundum ſua tempora ſoluto matrimonio reſtituitur , at ubi in diem fuit obligatio licet ſtatim extincta fuerit per acceptilationem , non tamen ſtatim pecunia debita convertitur in cauſam dotis , ſed cum dies venerit , quia etſi maritus ſtatim fuerit liberatus , ante diem tamen non ſentit effectivum commodum liberationis , quemadmodum enim qui in diem debet , ante diem inſpecto exitu executionis dicitur effectivè non obligari ut adverti *num.* 1. ſic & qui ante diem per acceptilationem liberatur , non ſentit ante diem effectivam liberationem , cum & inſuper habita acceptilatione non poſſit ante diem urgeri ad effectivam ſolutionem , quapropter quamvis ſtatim operetur acceptilatio pendet ejus effectus ; ſcilicet converſio pecuniæ debitæ in dotem , & ea ratione ante diem ſoluto matrimonio , non reſtituitur dos tribus annuis penſionibus , ſed in diem priſtinum vetus reſtauratur obligatio , quod fortiori ratione procedit , ſi conditionalis fuerit obligatio , nec extiterit conditio tempore ſoluti matrimonii , nam tunc nec pecunia converſa fuit in dotem , nec per acceptilationem extincta fuit obligatio , quæ ideò ſub eadem conditione reſtituitur. Sed dices , obligatio conditionalis non tollitur per acceptilationem ante exiſtentiam conditionis , ergo fruſtra reſtituitur. Huic difficultati quæ multum torſit D. Retes ubi nuper , ejus rejecta ſolutione , quæ ex ipſa textus littera expreſsè convincitur , facilè reſpondeo , non ideò reſtitui obligationem conditionalem , quod extincta jam fuerit , ſed quia ſequuta acceptilatione in eo ſtatuerat ut exiſtente conditione eſſet extinguenda , reſtauratur itaque ſub ea conditione , ita ut poſt ejus exiſtentiam vires habeat, nec tollatur per acceptilationem , eadem ſolutione intelligo difficilem alias textum *in l. ait prætor* 10. §. *præterea* 22. *&* §. *ſi conditionalis* 23. *quæ in fraud. credit.*

19 Hucuſque effectus quos producit præſens obligatio , quæ naſcitur ex contractu in diem celebrato accuratè explicuimus , jam videamus proprium effectum obligationis in diem , qui in eo conſiſtit , quod id quod in diem debetur ante diem peti non poſſit propter expreſſam conventionem contrahentium ut conſtat ex præjactis juribus , in quo differt obligatio in diem ab obligatione pure contracta , ex cujus cauſa confeſtim peti poteſt. Nec huic principio obſtat vulgaris textus *in l.* 1. *de condict.* ex lege , pro cujus textus explicatione videndi erunt Emmanuel Coſta *lib.* 2. *ſelect. cap.* 25. Pichard. *ad* §. *ſi quis agens* 23. *inſtit. de action. ex num.* 55. *uſque ad numerum* 60. Amaya *in l. juſtas* 60. *C. de jur. fiſci lib.* 10. difficilior eſt textus *in l. quæſitum* 14. *in prin. de pignor.* ubi ex ſententia Celſi reſpondet Ulpianus quod etſi dies penſionis nondum venerit , medio tempore permittitur locatori pignora proſequi , quia ſua intereſt , tunc ſic: dies ſolutioni penſionum præſtitutus in pignore intelligitur repetitos ut dicebam *num.* 10. & tandem licet locatori antequam dies penſionis venerit pignora proſequi , ergo id quod in diem debetur ante diem cum effectu peti poteſt. Accurſius , Bartolus , Salicetus & alii ut huic objectioni ſatisfaciant , ſententiam textus *in dict. l.* 14. ad eum caſum reſtringunt , quo debitor ſit ſuſpectus , quippè cum in omnibus bonæ fidei judiciis poſſit creditor ex juſta cauſa à debitore ante diem cautionem exigere *l. in omnibus* 41. *de judiciis l.* 38. *pro ſocio cum vulgatis* , poterit utique ex juſta cauſa ante diem pignora perſequi amplioris ſecuritatis gratia , quia ſua intereſt pignoratæ rei incumbere potius quam in perſonam agere ex vulg. reg. textus *in l. plus cautionis* 25. *de reg. jur.* ſed hæc ſolutio divinatoria eſt , & falsa , divinatoria quia *in dict. l.* 15. nec littera quidem occurrit ex qua illa reſtrictio poſſit colligi. Falsa , nam etſi in ejus ſerie debitor ſuſpectus fuiſſet , non ideò poſſet creditor ante diem ſolutioni penſionum præſtitutum pignora proſequi , ſed ſolum cautionem deſiderare , ut probat elegans textus *in l. grege* 13. §. *ſi ſub conditione* 5. *de pignoribus.*

Qua ſolutione rejecta Bachovius *lib.* 3. *de* 20
pignor. cap. 12. *num.* 6. poſt varias tentatas ſolutiones tandem reſpondit ſubtiliter , quod licet ex cauſa pignoris , quod acceſſerit obligationi in diem contractæ contra debitorem ante diem actio denegatur , permittitur tamen contra tertium poſſeſſorem , quia diverſa eſt ratio actionis principalis perſonalis quæ deſcendit ex obligatione , & actionis hypothecariæ , quæ nudam evincit poſſeſſionem , cujus perſecutio ad debitum in diem facilius concedi poteſt. Hanc ſolutionem quæ in ſe veriſſima eſt ſic explicari & illuſtrari poſſe exiſtimo : ex pignore ad ampliorem ſecuritatem creditoris contracto præter duplicem actionem pignoratitiam , quæ competit ex contractu inter debitorem & creditorem de qua *in tot. tit. de pign. act. &* in §. *ult. inſtit. quib. mod. re contrah. obligatio* naſcitur etiam vel civilis vindicatio ſi traditum fuit *l. ſi fundus* 16. §. *in vindicatione* 3. *de pignor.* vel actio hipothecaria in rem ſi nuda conventione fuit conſtitutum *l.* 17. *de pignor. l.* 2. *de pact. l. ſi cum venditor* 66. *de evict.* non quidem ex ipſo contractu ſed ex jure in rem acquiſito per contractum ut poſſit creditor non modo à debitore , ſed ab alio quocumque poſſeſſore rei pignoratæ dominium avocare. Quibus ſuppoſitis , ubi pignus accedit obligationi in diem contractæ , non quidem poteſt creditor ante diem perſonali aut in rem actione adverſus debitorem cum quo contraxit experiri aut pignus diſtrahere *dict. l.* 4. *de diſtract. pign. dict. l.* 5. §. 1. *quibus mod. pign.* quia hoc ipſo fidem quam tempore contractus præſtitit , fregerat , optimè tamen poterit rei vindicationem vel hypothecariam actionem ante diem contra tertium poſſeſſorem exercere juxta textum ſic intelligendum *in dict. l.* 14. *de pignor.* quia ex pignore in diem contracto ſtatim jus in

re

re acquiritur creditori, & præſens actio, qua contra tertios poſſeſſores cum quibus non contraxit, ſtatim uti poteſt, nec eo nomine poteſt ſubmoveri per exceptionem quam tertii poſſeſſores acquirere non potuerunt ex contractu, ex quo ſoli contrahentes ad invicem jus acquirunt juxta vulgarem regulam textus *in l. ult. §. 1. de contrah. emptione cum ſimilib.*

21 Nonnunquam tamen ex juſta cauſa id quod in diem debetur ante diem cum effectu peti poteſt, ut ecce maritus qui ſoluto matrimonio ſatiſdare non poteſt mulieri de dote reddenda tribus annuis penſionibus (quod eſt tempus reddendæ dotis in rebus fungibilibus conceſſum à lege) ſtatim conveniri poteſt ut deducto commodo medii temporis reſiduam dotem reſtituat *dict. l. 24. §. quoties 2. dig. ſolut. matrim.* quia cum celeri gradu ad inopiam vergerit, ut liquet ex eo quod fidejuſſores invenire non poteſt, quod ſæpè contingit ob inopiam debitorum *l. 2. §. ſed etſi 6. de judiciis l. 2. §. ul.. de collat. bonor.* favore dotis utilius viſum eſt mulierem cum modica deductione præſentem dotis pecuniam accipere quam dilationem pati ſub incerto eventu recuperandæ dotis, docet eleganter Cujacius *lib. 22. Pauli ad edict. in l. ſi mandavero* 22. §. 1. *mandati*, melius quod *in lib.* 34. *ejuſd. Pauli ad edictum in l. ſi in lege* 29. §. *colonus* 3. *locati.* nec obſtat textus *in dict. l. 22. in prin. & §. 1. l. fidejuſſor* 51. *mandati l. ſi fidejuſſor* 31. *de fidejuſſor.* in quibus cum fidejuſſor in diem acceptus pro reo purè vel in diem obligato ante diem vel ſciens, vel per errorem ſolviſſet, quærebatur an poſſit ſtatim mandati actione reum principalem convenire, & excepta ſententia exiſtimantium præſentem eſſe mandati actionem, deducto medii temporis commodo, id eſt tanti minurem, quanti rei intereſt adveniente die ſolutum fuiſſe, conſtanter reſpondetur in totum deferendam eſſe actionem mandati, uſque dum dies præfixus adveniat, quia nonnullum commodum rei eſt, ut neque facta quidem ulla deductione reſiduum ante diem ſolvat, nam breviter reſpondeo cum Cujacio *lib. 32. Pauli ad edictum in l.* 22. à regula quæ his juribus continetur excipi caſum textus *in l. 24. §. 2. ſolut. matrim.* propter favorem doti. Sed inſtabis *ex l. ſi cum dotem* 22. §. *ſin autem* 8. *verſ. ſin verò ſolut. matrim.* ubi cum maritus dotem dilapidando ſuſpectus redditur, non reſtituitur dos mulieri deducto medii temporis commodo, ſed ſequeſtratur, ut ſecundum ſua tempora reſtituatur. Reſpondeo cum Bartolo quem ſequitur Petrus Barboſa *in dict. l. 24. in prin. ſolut. matrim. num.* 16. ideò ibi dotem ſequeſtrari, non autem reſtitui, quia maritus non erat omninò ſuſpectus, ſolum enim dilapidabat res dotales, ſuum verò patrimonium curabat, quapropter non agitur ad reſtitutionem dotis, ſed ad ſequeſtrationem ut non abutatur rebus dotalibus in perniciem mulieris.

22 Aliud etiam exemplum quo debitum in diem adhuc non deducto medii temporis commodo ante diem cum effectu peti poteſt, ſuppeditat textus *in l. 24. §. ſi domus 2. locati* ubi ſi domus locata ſit in quinquennium, & inquilinus habitationem deſeruerit & ea ratione ſuſpectus reddatur, licet locatori ſtatim, id eſt ante quinquennium penſiones nondum decurſas exigere, quia cum ſaltem in culpa fuerit inquilinus, qui ſponte ſine juſta migrandi cauſa conductam domum deſeruit, præmatura penſionum exactio ſuccedit quodammodo in pœnam prœmaturæ deſertionis, nec in eo ſolum punitur conductor, quod totius quinquennii penſiones ſtatim ſolvere cogatur, ſed in eo ut omnimodam indemnitatem præſtet locatori, ſi forte damnum ex deſertione paſſus ſit *l. domus 55. §. fin. locati* docent Ant. Faber. *in rationali ad textum in dict. l. 24. §. 2.* Cujac. *lib. 24. Pauli ad edict. in eodem textu.* ſed argui poteſt ex difficili textu *in l. 1. §. ſi penſio 4. de migrando*, ubi ita demum tenetur inquilinus cum ex domo migrat penſiones futuras ante tempus ſolvere, ſi ſpecialis conventio in conductione domus interceſſerit, ut non liceat ante finitum tempus migrare: ergo non rectè diximus inquilinum, qui ante tempus habitationem deſeruit, indiſtinctè penſiones nondum decurſas ſolvere teneri. Cui difficultati reſpondeo cum Cujacio ubi nuper & *lib. 23. obſerv. cap.* 14. ſeparandam eſſe actionem de locato ab interdictu de migrando, ſicuti ſeparatur obligatio penſionis ab acceſſoria obligatione invectorum, ita ut inquilinus qui ſine juſta cauſa & probabili ante expletum tempus conductionis migravit, penſiones nondum decurſas ſtatim teneatur ſolvere locatori, etſi nulla ſpecialis conventio interceſſerit, poſſit tamen res quas in domum conductam invexit, quæ tacitè pignoris jure penſionis nomine tenentur *l. eo jure 4. in quibus cauſ. pign. &c.* interdicto de migrando abducere, niſi ſpecialis conventio facta ſit de non migrando intra tempus locationis, quia extenſio, quæ ex vi contractus datur, in actione locati, locum habere non debet in acceſſione & tacito pignore in præjudicium conductorum; nec tunc obſtat quod *in l. 54. §. 1. locati* conventio ſpecialis intervenerit ut non liceret conductori ante expletum tempus diſcedere, nam ea conventio non fuit interpoſita, ut conductor ante tempus ſine cauſa diſcedens futuri temporis penſiones perſolveret, quas ſine ulla conventione ſolvere teneretur, ſed potius ad huc ut pœnam in conventione expreſſam ſolveret ut ex ejus literra colligitur.

Extra hos caſus verum eſt id quod in diem 23 debetur, ante diem peti non poſſe, adeo ut nec ipſo die, in quem contractus collatus eſt agi poſſit *l. qui hoc anno* 42. *l. eum qui* 138. *de verb. oblig. §. qui hoc anno* 25. *inſtit. de inutil. ſtipul.* nam exploſa ſententia Sabini, qui attentis verbis contractus eo ipſo die ſtatim agi poſſe exiſtimabat, obtinuit contraria ſententia Proculi *in dict. l.* 138. qui mentem contrahentium attendens aſſerit ex contractu in diem celebrato non prius agi poſſe quam partes omnes temporis prætererint, & melior quia ut loquitur Juſtinianus in noſtro textu, certum non eſt eo die in quem promiſſum eſt datum non eſſe, priuſquam is dies præterierit, & generaliter verum eſt, ut plurimum tempus adjectum contractui non pro

cre-

creditore ſed pro debitore eſſe *dict. l.* 41. §. 1. *de verb. oblig.* Cujac. *lib.* 27. *quæſt. Papin. in l. liber homo* 118. §. 1. *de verb. oblig.* Donellus *in l.* 42. *eod. tit.* ubi textus omnes huic principio adverſantes eleganter explicat. Hæc doctrina in obligatione , cui ſolus dies adjectus & ſine controverſia procedit , at ſi obligatio ſimul in diem & ſub conditione fuerit contracta , non ineleganter quærit , an impleta conditione adhuc expectandus ſit dies , id eſt an poſtquam extiterit conditio , creditor ante diem defectu debitorem convenire poſſit ? in qua re quæ multorum torſit ingenia , omiſſis quæ tradiderunt Hotthomanus *lib.* 2. *amicab. cap.* 22. Robert. *lib.* 1. *animadverſ. cap.* 16. Pacius *centuria* 7. *quæſt.* 26. dicendum eſt multum intereſſe an diſpoſitioni an verò conditioni dies adjectus ſit , nam ſi diſpoſitioni ſit appoſitus , veluti ſi ſtipulatio ita fuerit contracta : *promitto tibi centum intra annum ſi navis ex Aſia venerit* , adhuc exiſtente conditione expectandus eſt dies , ut probat textus *in l. ſi ita legatum* 103. *de condition. & demonſt.* cujus rei ratio facilè ſumitur ex voluntate contrahentium , qui dum diem diſpoſitioni adjecerunt , non obſcurè poſt exiſtentiam conditionis diem expectare noluerunt , at ſi non diſpoſitioni , ſed conditioni adjectus ſit dies. Rurſus multum intereſt an conditio pendeat ex facto & voluntate debitoris , an ex facto tertii vel caſu , nam ſi pendeat ex facto & voluntate debitoris veluti ſi quis ita promiſerit : *ſi Kalendis Stichum non dedero centum dabo* expleta conditione adhuc expectandus eſt dies ; diſerti textus *in l. ſi cum* 10. §. 1. *ſi quis cautionib. l. in illa ſtipulatione* 8. *de verb. oblig.* at cum pendet ex facto tertii vel caſu , veluti ſi quis ita ſpondeat : *ſi Lucius Titius vel navis intra Kalendas maias venerit centum dabo* , exiſtente conditione non amplius expectatur dies *l. hoc jure* 10. *de verb. oblig.* cujus differentiæ ratio ex eo provenit , quod conditio poteſtativa tota ſimul cum die differendæ ſolutionis cauſa adjicitur in gratiam debitoris , qui cum poſſit ante diem non dare , etſi maximè dare poſſe deſierit , ante diem conveniri non poteſt , at conditioni quæ pendet ex facto tertii vel caſu , dies non apponitur in gratiam debitoris qui intra eum nihil poteſt facere ad vitandum implementum conditionis , ſed ſolum ut intra illum opus ſit exiſtere conditionem , poſt cujus exiſtentiam dies non expectatur , ut pote non adjectus in favorem debitoris , niſi adjecta fuerit dictio extremitatem temporis ſignificans , veluti particula *tunc* quo caſu dies appoſitus conditioni in diſpoſitione creditur repetitus *l. uxori* 35. *de uſufruct. legato l.* 4. §. 1. *de condit. & demonſt.* ſic ex Donello , Cujac. *in dict. l.* 8. *& in dict. l.* 10. *de verb. oblig. & lib.* 11. *comm. cap.* 3. & ex Antonio Gomezio *tom.* 2. *variar. cap.* 11. *num.* 32. docet Oſſualdus *dict. lib.* 15. *cap.* 8. *littera B. & I.*

24 Ex qua diſtinctione facilè explicandi & conciliandi ſunt textus *in dict. l.* 8. *in fin. de verb. oblig. & l. cum tale* 72. §. *Mævia* 5. *de condit. & demonſt. in dict. l.* 8. docet Paulus quod cum eo qui ita promiſit : *ſi intra Kalendas digito cælum non tetigerit* agi protinus poteſt non expectatis Kalendis , quia cum dies conditioni fuerit adjectus , & conditio ut pote neceſſaria non ſuſpendat ſtipulationem *l. impoſſibilis* 7. *in fine de verb. oblig.* §. *ſi impoſſibilis* 11. *de inutil. ſtipul.* nec poſſit intelligi appoſita in gratiam promiſſoris , utique neque dies adjectus conditioni poteſt cenſeri in ejus favorem appoſitus , ac proinde ex ea ſtipulatione agi poteſt *in dict. l.* 72. §. 5. proponit Papinianus legatum ita relictum fuiſſe *Mævia ſi non nupſerit cum morietur fundum lego* , & aſſerit mulierem conteſtim ad legatum admitti , ſubjungit tamen aliud eſſe dicendum , ſi certus dies , incertusve alius legato fuerit adſcriptus pro cujus deciſionis difficilis intelligentia , ſuppono conditionem *ſi non nupſerit* ultimis voluntatibus adjectam , quia publicam utilitatem offendit ex lege Julia & Papia remitti , & legatum ſub ea datum purè relictum intelligi *l. cum ita* 63. *cum leg. ſeq. de condit. & demonſt.* late docent Primarii noſtri Pichard. *in* §. *ſed etſi uxori* 25. *inſtit. de legat.* Coſta *in dict. l.* 22. §. *ſi arbitratur* 4. *de condit. & demonſt.* unde dicendum videtur remiſſa conditione *ſi non nupſerit* diem mortis adhuc expectandum eſſe , quia non conditioni ſed legato fuit adſcriptus. Verum Papinianus ſubtiliſſimè diem mortis à quolibet alio die certo vel incerto ſeparavit , & aſſeruit alium quemlibet diem certum vel incertum non conditioni , ſed legato adſcriptum expectandum eſſe remiſſa conditione ex ratione ſuperiori *num.* aſſignata ut ab argumento probat textus *in l.* 8. §. *ſi quis* 4. *de condit. inſt. l. hac ſcriptura* 26. *in prin. de condit. & demonſt.* negat tamen diem mortis propoſitum legato expectandum eſſe remiſſa conditione , nam ea conditio *ſi non nupſerit* reddit hunc ſenſum , ſi uſque ad mortem vidua permanſerit , & ea verba *cum morietur* deſerviunt latiori interpretationi conditionis ut Cujacius *lib.* 18. *quæſt. Papin. ad l.* 72. §. 5. cujus doctrinam ſic explico : ea conditione *cum morietur* id exprimit teſtator quod ex natura rei ineſt ipſi conditioni *ſi non nupſerit* quæ hunc ſenſum habet ſi uſque ad ultimum inſtans vitæ vidua permanſerit , ergo etſi maximè inſpecto exteriori verborum cortice dies mortis videatur adjectus legato , tamen attenta teſtatoris voluntate , quæ latet in verbis non legato , ſed conditioni appoſitus debet cenſeri , ac per conſequens non eſt expectandus dies remiſſa conditione ex regula textus *in dict. l.* 8. *in fin. de verb. oblig.*

Illud breviter notandum , quod licet regulariter creditor agere non poſſit ante diem præfixum contractui , poteſt tamen nonnunquam cautionem deſiderare de debito ſibi ſolvendo cum dies venerit , quoties juſta cauſa intercedit , veluti ſi juſtè vereatur ne debitor interim labatur facultatibus , vel ſi ejus fugam timeat ; quibus caſibus debitor ad præſtandam cautionem condemnatur , quod obtinet indiſtinctè in omnibus judiciis bonæ fidei , ſive ſint ab initio bonæ fidei *l. in omnibus* 41. *de judic. l. pro ſocio* 38. *pro ſocio* , ſive ex ſtrictis fiat ex poſt facto bonæ fidei appoſita exceptione vel replicatione doli mali , textus ſic intelligendus *in l.* 4. *de ſeparation.* 25

Digitized by Google

tion. juncta regula textus *in l. Seia* 42. *de mort. cauſa donat. l.* 3. *C. de except.* docent Cujacius *lib.* 11. *queſt. Papin. in dict. l.* 41. *de judic.* Pichardus *in §. actionum* 28. *inſtit. de action. queſt.* 14. *per totam.* Antonius Gomez *dict. tom.* 2. *var. cap.* 11. *num.* 47. Salgado *in labyrinth. credi .* 1. *parte cap.* 8. *num.* 31. & 35. Cheſius *de difficul. jur. cap.* x5. *per tot.* nam etſi futuri temporis tractatus nihil ad judicem pertinere dicatur *in l.* 1. *§. nec tamen* 2. *de uſuris junct. l. non quemadmodum* 35. *de judic.* tamen judex dum jubet interponit cautionem de eo quod in diem debetur, ſolvendo de re præſenti ſtatuit quæ ad ipſum agitur quamquam creditor poſtulat, docet Cujacius *lib.* 2. *queſt. Papin. in dict. l.* 1. *§.* 2. *de uſuris.* nec obſtat quod judex datus juriſdictione careat *l. à Divo Pio* 15. *de re judicata junct. l.* 1. *§.* 1. *ſi quis jus dicent. non obtemper.* Cujac. *lib.* 1. *queſt. Papin. in l. aliquando* 5. *de officio proconſ. & legati*, & jubere cavere actus juriſdictionis eſſe dicitur *in l.* 4. *de juriſdict.* nam reſpondeo judicem poſt litem conteſtatam poſſe jubere, interponi cautionem ut patet *ex l.* 5. *de verb. oblig.* juncto Donello & *ex §.* 1. *inſtit. de diviſ. ſtipul.* quia id ad ejus officium ſpectat, nec deſiderat juris dictionem, neque id negatur *in dict. l.* 4. quæ non ait quod jubere cavere ſolum eſt actus juriſdictionis, ſed jubere cavere, & ex cauſa non præſtitæ cautionis in poſſeſſionem mittere; quod & probat textus *in l. ea quæ* 26. *ad municipal.* ergo ex juſta cauſa, quam optimè judex datus jubere poteſt interponi cautionem de debito ſuo die ſolvendo.

x6 Nec ſolum in his quæ diximus congruit obligatio in diem cum obligatione conditionali, ex cujus cauſa agi non poſſe ante exiſtentiam conditionis, & aliquando exigi poſſe cautionem de debito ſolvendo in caſu exiſtentis conditionis ex allatis juribus conſtat, ſed & illud utrique obligationi commune eſt, quod ex duobus reis promittendi, alter pure, alter in diem, vel ſub conditione poteſt obligari, nec impedimento eſt dies aut conditio, quominus ab eo qui pure obligatus eſt petatur *l. ex duobus* 7. *de duob. reis §. ult. inſtit. eod. tit.* neque obſtat quod diſparitas obligationis vitiet duorum reorum conſtitutionem ut probat *ex l. eadem* 9. *de duobus reis*, ubi ſi quis in deponendo penes duos paciſcatur ut ab altero culpa præſtetur ait Papinianus verios eſſe duos reos non eſſe, à quibus impar ſuſcepta eſt obligatio; nam reſpondeo cum Cujacio *lib.* 27. *queſt. Papin. in dict. l.* 9. *§.* 1. quod diſparitas in re aut ſumma vitiat duorum reorum conſtitutionem, quia ut duo rei conſtituantur ita debet contrahi obligatio, ut utrique reo ſit commune beneficium liberationis *l. ſi id quod* 15. *eod. tit.* quod impedit diſparitas in re aut ſumma, & ea ratione quoties quis in deponendo penes duos paciſcitur, ut alter præter naturam depoſiti culpam quoque præſtet, non conſtituuntur duo rei, quia cum alter ſolum teneatur de dolo juxta naturam hujus contractus. *§. præterea* 3. *inſtit. quibus modis re contrah. oblig.* beneficium liberationis non poteſt utrique eſſe commune, cum etſi unus conveniatur ex dolo, non ideo alter non teneatur ex culpa & è converſo, diſparitas verò temporis non efficit quominus duo rei conſtituantur, nec enim facit quominus uno ex reis liberato, alter liberetur, ut conſideranti patebit. Nec magis urget textus *in l. ſi ex duobus* 12. *in princ. de duob. reis* ubi ſolum aſſeritur quod ſi ex duobus, qui promiſſuri ſint, alter hodie alter poſtera die reſponderit, ea de cauſa non conſtituerentur duo rei quia qui poſtera die reſponder, neque obligatus quidem eſt, cum longum intervallum inter interrogationem & reſponſionem vitiet contractum ſtipulationis *l. continuus* 137. *in prin. de verb. oblig.* textus ſic intelligendus *in l.* 6. *§. ult. de duob. reis*, licet alias longi temporis intervallum non vitiet duorum reorum conſtitutionem dummodo unuſquiſque etſi diverſis temporibus incontinenti ad interrogationem reſponderit, expreſſus textus *in dict. l.* 9. *§. ult. de duobus reis*, ut recte contra communem opinionem tenent Cujacius *dict. lib.* 27. *queſt. Papin. in dict. l.* 9. *§. ult.* Donellus *ad tit. de duobus reis cap.* 4. *num.* 8. Cheſius *lib.* 2. *interpret. cap.* 38.

Rurſus & in eo dies certus & conditio æ- 27
quiparantur, quod inutilis eſt ſtipulatio, ſi pure interrogatus in diem vel ſub conditione promittat, aut ex contrario, ſi in diem vel ſub conditione interrogatus præſente die dari ſpondeat *l.* 1. *§. ſi quis ſimpliciter* 3. *de verb. oblig. §. præterea* 5. *inſtit. de inutil. ſtipulat.* quia non reſpondet congruenter ad interrogata, dum mutat formam & qualitatem interrogationis; docet cum pluribus noſter Valent. *lib.* 2. *illuſt. tit.* 3. *cap.* 5. *ferme per totum.* circa quam rem illud notatu dignum eſt quod ait Juſtin. *in dicto. §.* 5. ſcilicet tum demum inutilem eſſe ſtipulationem cum in diem vel ſub conditione interrogatus præſenti die dare promiſit. Nam ſi ſimpliciter reſpondeat. *ſpondeo* utilis eſt ſtipulatio quia breviter, ſeu ſtudio celerius loquendi videtur in eam diem vel conditionem ſpopondiſſe, neque neceſſe eſt in reſpondendo ea omnia repeti, quæ ſtipulator expreſſit, ex qua eleganti & ſpecioſa ſane doctrina intelligere ſoleo cum ſubtiliſſimo Goffredo difficiles & alias invicem pugnantes deciſiones Conſultorum *in l. quæſitum* 91. *de legat.* 1. *l. Julianus noſter* 86. *de condit. & demonſt. & l.* 8. *quando dies leg. cedit.* & illuſtrari exiſtimo textum *in l. talis ſcriptura* 30. *§.* 1. & 2. *de legat.* 1. ubi dicitur quod vulgaris clauſula, qua dies legatorum prorogari ſolebat in hunc modum: *quas pecunias legavi quibus dies appoſitus non eſt, eas heres meus annua bima trima die dato*, pertinet quidem ad ea legata quæ pure & ſimpliciter relicta ſunt, non verò ſpectat ad ea quæ præſenti die data ſint, quia proprium diem habent ſcilicet præſentem quomodo interpretandus eſt textus *in l. cum vulgari* 4. *de dot. præleg.* juncto ibi Cujacio *ad Africanum.* nec tunc obſtat textus *in l. Titia centum* 74. *de legat.* 2. de cujus explicatione, & hujus rei pleniori intelligentia Conſulendi erunt Cujacius *lib.* 27. *queſt. Papin. in eodem textu & in l.* 118. *§.* 1. *de verb. oblig.* Duarenus *in dict. l.* 30. *de legat.* 1. Spino, *in ſpeculo teſtamentor. gloſſa* 14. *principali num.*

26. *cum tribus ſeqq.* & tandem infero id quod vulgo dicitur pro reo in diem vel ſub conditione obligato fidejuſſorem pure inutiliter accipi ut diximus *num.* 1. tum demum procedere cum fidejuſſor præſenti die dare promiſit quod reus in diem vel ſub conditione debet, alioquin ſi ſimpliciter promittat, quod reus debet, utilis erit fidejuſſio, nam breviter intelligitur in eadem die vel conditione promiſiſſe *l. ſi teſtamento* 49. §. *ult. in fine de fidejuſſorib.* aliæ etiam ſimilitudines inter diem & conditionem facile intelliguntur *ex l. ſi plures* 27. *in prin. de fidejuſſorib. l.* 7. §. *ſi in diem* 14. *quibus ex cauſis in poſſeſſionem eatur.* in quibus expendendis non immoror.

28 Nunc de pœna creditoris ante diem petentis diſpiciamus; & quidem olim creditor ante diem petens cauſa cadebat, & rem amittebat, ut tradit expreſſe Juſtinianus *in* §. *ſi quis agens* 33. *inſtit. de action.* quia ſicuti qui tardius ſulvit minus ſolvit quam ſolvere debebat *dict. l.* 22. §. 1. *mandati l.* 12. §. *fin. de verb. ſignif.* ſic & qui præmature petit plus petit *dict.* §. 5. *inſtit. de fidejuſſor.* conducit elegans illud Caſſiodori: *promiſſa ſuo tempore expectemus, ne dum cupimus feſtinatius exigere, cauſa amiſſione mulctemur* in quo ſicuti & in aliis creditor in diem multum diſtat à creditore conditionali, qui etſi egerit pendente conditione litem non amittit in veriori ſententia quæ probatur *ex l.* 13. §. *ſi ſub conditione* 5. *de pignorib. l.* 43. §. *ſi ſub conditione* 9. *de Ædil. edicto*, & ex eo quod actio, quæ nondum competit, nec conſumi nec amitti poteſt, ſed creditor conditionalis nullam habet actionem ante exiſtentiam conditionis, ergo neque poteſt actionem amittere, & tandem confirmatur ex eo quod creditor agens ante exiſtentiam conditionis nihil agere dicitur *l. un.* §. *fin. quando dies uſufr. legati cedat.* quod dici non poſſet ſi agendo litem amitteret juxta elegans illud verbum Plinii in Epiſtolis: idem præſtat otioſum eſſe quam nil agere tenet Cujacius *lib.* 22. *obſervat. cap.* 4. Merilus *lib* 3. *obſervat. cap.* 36. neque aliud probat *ex dict.* §. 33. qui ſane perplures inſtitutionum commentatores decepit, dum inter modos plus tempore petendi, & illud referunt, quod creditor petit ante conditionem Nam facile reſpondeo ex ſententia Arnoldi Vinnii in ejus *commentar. inſtitut.* accipiendum eſſe de conditione omnino extitura, quæ contractum, cui adjicitur non conditione ſed mora ſuſpendit, ut infra dicemus, cum de die incerto agamus, & interim probant textus *in l.* 18. *de condict. indeb. l. ſi plus* 5. §. 1. *de novation.* quo caſu creditor ante ejus exiſtentiam agens litem amittit ſeu actionem, quam habet conſumit, & probat ex hac doctrina intelligendus difficilis textus *in l. pecuniam* 36. *de reb. credit.* ubi qui pecuniam pure debebat, juſſu creditoris eam alteri ſub conditione promiſit, creditor pendente conditione pecuniam petiit; & Reſpondet Javolenus quod ante tempus petere videtur id eſt male petere & litem amittere; nam ut optime docuit Antonius Faber *in rationali ad l.* 36. licet tum demum fiat novatio puræ obligationis per conditionalem ſubſequentem, cum conditio ſecundæ extiterit *l. quoties* 14. *de novat.* non tamen ex eo infertur quod pendente conditione ex priori pura ſtipulatione agi poſſit, quæ propter incertitudinem conditionis, cujus exiſtentia poteſt inducere novationem mora ſaltem licet non conditione ſuſpendat, quapropter nec ante conditionem petere creditor poterit, etſi petat male aget & litem amittet, cum habeat obligationem & actionem natam jam, & ipſo jure competentem ex priori, eaque pura ſtipulatione, quæ nondum novata fuit, quæ ante tempus in judicium deducta conſumitur, ex qua doctrina facile intelligitur ſimile aliud Javoleni reſponſum *in l. ſi debitor* 80. & 83. *de jur. dotium.*

Sed huic interpretationi opponi poteſt textus *in l. Julianus* 60. §. 1. *de condict. indeb.* ubi aſſerit Paulus quod ſi quis quod pure debet novandi animo ſub conditione promiſerit, & pendente conditione per errorem ſolverit repetere poteſt, ex ea ratione quia ex qua obligatione ſolvat adhuc incertum eſt, tunc ſic; en ubi ſolum inſpicitur conditionalis promiſſio, non verò quæ pure adhuc ſubſiſtit obligatio, ut patet ex eo, quod ſolutum repeti poteſt ex regula textus *in l. ſub conditione* 16. *de condict. indeb.* ergo pariter *in dict. l.* 36. non amplius debet attendi prior pura obligatio, ſed poſterior conditionalis, ac per conſequens creditor pendente conditione non debet actionem conſumere. Cui difficultati reſpondeo cum Anton. Fabro in ejus textus rationali & Cujacio *lib.* 3. *quæſt. Pauli ad eundem textum*: ibi non aſſerere Paulum, ſolutum repeti poſſe, ſed initio retuliſſe quorumdam ſententiam id exiſtimantium, & in fine textus concludere non eſſe locum repetitioni, quia vel ex pura vel conditionali ſtipulatione ſemper id debendum erat, & aliud obtinere ubi duo eandem pecuniam promiſerunt, unus pure, alter ſub conditione novandi animo, quo caſu ſi pendente conditione ſolvatur, indebiti condictioni locus erit, quia uter eorum pecuniam debiturus ſit incertum eſt. Difficiliores videri poſſunt textus *in l. pure* 5. *in prin. de dol. mal. & met. excep. l. non ſolum* 7. §. *ult. l. ſi id quod* 21. §. *fin. de liberat. leg.* in quibus ſi quod pure aliquis debeat, ei fuerit ſub conditione legatum hæres petere poteſt, maxime oblata cautione legati, nec poteſt per doli mali exceptionem ſubmoveri, ea ſola ratione quia poteſt deficere conditio, ergo ex eadem ratione impune petere poterit creditor *in dict. l.* 36. cum poſſit etiam deficere conditio, ſed reſpondeo cum Cujacio *lib.* 31. *Pauli ad edictum in dict. l.* 5. & Anton. Fabro *in rationali ad dict. l.* 36. diverſam eſſe rationem legatarii & ſtipulatoris conditionalis, legatarius pendente conditione, quo tempore nondum dies legati ceſſit *l.* 5. §. *ſed & ſi ſub conditione* 2. *quando dies leg. ced.* creditor non eſt *l. in fraudem* 27. *qui & à quibus l. is cui* 42. *de oblig. & act.* & ideo non poteſt petitionem hæredis cui pure debet remorari, maximè ſi offerat cautionem legati nomine: ſtipulator autem adhuc pendente conditione creditor eſt *dict. l.* 27. & 42. *junct. l. uſusfructus* 25. *de ſtipul. ſervor.* & junctis quæ tradit Duaren. *in l. ſi filiusfamilias* 78. *de* 29

verb.

Digitized by Google

verb. oblig. & Oſſuald. *lib. 9. comment.* Donell. *cap. 6. litter. P.* ac per conſequens *in dict. l. 36.* adhuc pendente conditione impedit ut ab eo qui pure obligatus eſt interim petatur.

30 Verum contra ſuperiorem doctrinam expendi poteſt textus *in l. cum filiusfamilias 49. §. ult. de verb. oblig.* ubi dicitur, quod ſi debitor ante diem in quem ſervum promiſit interpellatus ſit, & ſervus deceſſerit, non videtur per eum ſtetiſſe, tunc ſic; en ubi ſupponit Paulus creditorem ante diem debitorem interpellaſſe, & quidem interpellatione, quæ ſi pure contracta fuiſſet, ſtipulatio debitorem moroſum conſtituiſſet, ac per conſequens litis conteſtatione, quæ ſola in ſtipulatione, & reliquis ſtricti juris contractibus in mora debitorem conſtituit *l. cum fundus 31. de reb. credit. cum vulgatis*, & tamen docet poſt hanc præmaturam interpellationem, ita demum debitorem liberari, ſi res in ſtipulationem deducta perierit, ergo creditor ex eo ſolum quod ante diem egerit litem non amittit, ſed ut optime docuit Robertus *lib. 4. ſentent. cap. 9.* quem ſequitur D. Gonzalez *in cap. un. de plus petition. num. 21.* hæc difficultas non alias poteſt ſolvi quam ſi terminos habiles ponamus dicendo creditorem vel propter lubricum ætatis, vel ex juſta alia cauſa in integrum reſtitutionem impetraſſe juxta textum *in dict. §. 33. inſtit. de actionib.* vel ſtipulationem fuiſſe interpoſitam ex cauſa contractus bonæ fidei, & ea ratione creditorem litem non amiſiſſe, tum quia ut infra dicemus pœna amiſſionis cauſæ locum non habuit in judiciis bonæ fidei quorum naturam aſſumit ſtipulatio ex eorum cauſa interpoſita *argum.* textus *in l. 1. §. ſi quis ſub conditione 14. ut legator. nom. caveat.* tum quia ex cauſa judicii bonæ fidei, aut ſtipulationis ejus nomine interpoſitæ ſola extrajudicialis interpellatio debitorem in mora conſtituit, licet non inducat pœnam plus petitionis. Argui etiam poteſt *ex l. quod ſi in diem 16. de hered. petit.* ubi docet Ulpian. quod ſi is qui debet in diem rem aliquam hæreditati, ante diem conveniatur, expectandum eſt tempus rei judicatæ ad hoc ut ſi tunc dies venerit, condemnetur, ſi autem non venerit compellatur præſtare cautionem de debito ſolvendo cum dies venerit: ergo creditor qui ante diem agit litem non amittit, imo ex officio judicis commodum cautionis conſequitur. Sed reſpondeo cum Donello *lib. 29. comment. cap. 13.* & ibi Oſſual. *litt. H.* & Fabro *in rationali ad l. 13.* quos ſequitur D. Ramos *in Academicis ad tit. de reb. credit. cap. 1. num. 21.* textum *in dict. l. 16.* intelligendum eſſe non de eo qui ante diem petit, quod ſibi in diem debetur, ſed de eo qui generaliter agit univerſali judicio petitionis hæreditatis, in quo id ſolum principaliter intenditur, ſcilicet hæreditatem, quam quis vindicat ſuam eſſe. Reſtitutio autem hæreditatis aut rei cujuslibet hæreditariæ venit ex officio judicis *l. 10. §. 1. de hæredit. petit.* quare non agitur cum reo tanquam debitore, qualis ante diem non eſt quoad effectum exactionis, ſed tanquam cum juris & debiti poſſeſſore, & ea ratione ſi pronunciatum fuerit hæreditatem ad actorem pertinere, & tempore ſententiæ dies venerit, damnandus eſt adverſarius poſſeſſor debitum ſolvere, ſi verò non venerit cautionem præſtare cogetur de debito ſolvendo cum venerit.

Denique opponi poteſt textus *in dict. §. temporales 10. inſtit de except.* ex quo colligitur eum qui ante diem petit exceptione dilatoria ſubmoveri poſſe, actionem tamen illius non perimi ſed differri, ita ut poſt tempus agere poſſit. Hujus textus autoritate nixus Balduinus quem ſequitur noſter Pichardus *in dict. §. 33. inſtit. de actionibus num. 14. cum ſeqq.* aſſeruit creditorem ex eo quod ante diem egiſſet non ſtatim litem amiſiſſe priori judicio, in quo ſibi objiciebatur exceptio dilatoria, ſed cum poſtea adveniente die petebat poſteriori judicio in quo peremptoria exceptione repellebatur, quia ſemel plus petiiſſet, ſed verius exiſtimo cum Hothomano *lib. 8. obſerv. cap. 3.* actorem ante diem petentem ſtatim in ipſo priori judicio litem amiſiſſe in pœnam præmaturæ petitionis, quin opus eſſet ut rurſus agens peremptoria exceptione repelleretur. Nec contrarium probat textus *in dict. §. 10.* cujus littera potius noſtram ſententiam confirmat; in prioribus enim verbis quæ ſic ſe habent: *ergo hi qui intra certum tempus &c.* Concilium dat Juſtinianus creditoribus quibus in diem debetur quod tale eſt: creditores quibus ante tempus agere volentibus objicitur, id eſt poteſt objici exceptio dilatoria, actionem differant uſque ad tempus deſtinatum, & tunc agant. Suadet ergo quod fieri debet ut actio effectum ſortiatur & non inaniter in judicium deducatur, quod clarius liquet ex poſterioribus verbis ibi: *alioquin ſi intra tempus &c.* Quibus expreſsè ait quod ſi adverſus id, quod Paulo ante ſuaſerat, creditores ante tempus egerint objectaque ſit exceptio, neque eo judicio quidquam conſequebantur propter exceptionem, nec poſt tempus agere poterant, quia temere in judicium rem deducebant & conſumebant, qua ratione rem amittebant. Sed tunc ſic acute replicabis, ergo exceptio quæ naſcitur ex die contractibus adjecto, & creditori ante diem agenti objicitur non dilatoria ſed peremptoria dici debet, cum omnino controverſiam perimat; Reſpondeo quod exceptio quæ naſcitur ex die contractibus adjecto rectè dicitur dilatoria, quia ſolum exercitium actionis differt, non verò perimit controverſiam; etenim quod actor olim ante diem agens litem amitteret, non proveniebat ex exceptione, ſed vel ex lege duodecim tabularum vel ex edicto Prætoris, non verò in pœnam plus petitionis, quæ jam hodie abrogata eſt per novam Zenonis conſtitutionem *§. hodie 11. inſtit. de exceptionib.* de cujus explicatione Conſulendos erit plures referens D. Gonzalez *in dict. cap. un. de plus pet. num. 14.*

Hactenus poteſtatem certi diei expreſſe contractibus adjecti ſatis demonſtravimus, ſed quia nonnunquam ſimpliciter celebratus contractus ex re ipſa dilationem capit, oportet ut breviter taciti diei naturam & effectum explicemus; igitur ex re ipſa dilationem accipit ſtipulatio, cum quid fieri veluti inſulam ſpondetur, textus *in l. interdum 73. de verb. oblig.* 32

Hoc euim ſuamet natura tempus deſiderat intra quod opus, quod quis ſe ædificaturum promiſit, poſſit perfici, quod arbitrio boni viri relinquitur *l. continuus* 137. §. *item qui inſulam* 3. *de verb. oblig.* itaque licet ſtatim à tempore interpuſitæ ſtipulationis actio naſcatur, diſertus nec vulgaris textus *in l.* 24. §. *ſed & de his* 3. *locati* non tamen ita efficax eſt ut ſtatim in judicio poſſit exerceri. Neque obſtat quod *in l. ſtipulationes* 72. §. *ult. & in dict. l.* 73. *de verb. oblig.* dicatur actionem non naſci, & quod idem eſt diem obligationis non cedere, niſi tantum temporis tranſierit, quo opus perfici potuerit, nam id dicitur inſpecto exitu exactionis, quemadmodum & eodem reſpectu id quod in diem expreſsè adjectum contractui debetur ante diem aliquando deberi negatur. Nec magis urget quod *in dict. l.* 73. ſtipulatio qua inſula ædificanda promittitur, æquiparatur ſtipulationi, qua quis id quod in utero eſt, aut fructus naſcituros ſtipulatur, ex qua conſtat neque obligationem, neque actionem oriri antequam fœtus in lucem edatur, aut fructus naſcantur, nam ea æquiparatio procedit non quoad ſubſtantiam obligationis cujus reſpectu ſuperiores ſtipulationes multum inter ſe diſtant, ſed quoad effectum exigendi, quo inſpecto nullum eſt inter eas diſcrimen, verum licet actio ſtatim naſcatur, tamen ante elapſum tempus competens inſulæ conſtruendæ agi non poteſt ad id quod intereſt inſulam ædificatam eſſe, textus ſic intelligendus *in l. ſi ita ſit ſtipulatus* 14. *l. ſi inſulam* 84. *l. exiſtimo* 98. §. 1. *de verb. oblig.* ſed ubi cum cœperit mora fabricandæ inſulæ fieri, etſi nondum tempus tranſierit quo inſula fabricari debuerit, ob moram agi poteſt, non quidem quanti intereſt, inſulam ædificatam eſſe, ſed quanti intereſt inchoatam eſſe, textus ſic intelligendus *in dict. l.* 72. §. *ult. de verb. oblig.* quæ elegans diſtinctio præterquam quod expreſsè traditur *in dict. l.* 137. §. 3. *eod. tit.* nititur hac efficaci ratione, nam qui inſulam ædificare promiſit, duo promiſit, ſe inſulam inchoare & eam perficere & utrumque tacite tempus comprehendit arbitrio boni viri, ergo ſicuti elapſo tempore intra quod perfici potuit, eo nomine agi poteſt, ſic & tranſacto tempore intra quod potuit inchoari, agi ex ea cauſa poterit, & id æſtimabitur, ſic omiſſo Cujacio, qui hac in re diſſentionem inter Juriſconſultos agnoſcit, hos textus explicat Donellus *in dict. l.* 14. *de verb. oblig. & lib.* 15. *comment. cap.* 9. & ibi Oſſuald. *litt. E.* & Robertus *lib.* 1. *animadver. cap.* 17.

33 Hæc tamen diſtinctio locum non habet, ubi ſtipulationi apponitur certus dies intra quem inſula perficiatur, veluti ſi ita concipiatur ſtipulatio: *inſulam intra biennium ædificare ſpondes?* quo caſu ante biennium agi non poteſt etſi tantum reſidui temporis ſit, quo inſula extrui non poſſit *dict. l.* 27. §. 1. *l. inſulam* 124. *de verb. oblig.* quod ita intelligo, ut nec ex cauſa non perfectæ, nec ex cauſa non inchoatæ inſulæ ante agi poſſit; ratio differentiæ inter utrumque caſum ex eo provenit, quod in primo de quo *num. anteced.* ſtipulatio ſolum ex natura rei dilationem recipit, & tempus complectitur intra quod inſula inchoari & perfici poſſit, quapropter ex ea agi poteſt confeſtim ac tempus tranſierit, intra quod arbitrio boni viri inſula potuerit inchoari; at in ſecundo de quo nunc loquimur, tota ſtipulatio expreſſa conventione in diem collata eſt in gratiam promiſſoris, nec ejus ſtatus, cujus dies certus in exordio fuit ex poſt facto mutatur ut eleganter ait Papinianus *in dict. l.* 124. quia ea fuiſſe voluntas contrahentium dignoſcitur, ut ante biennium omnino agi non poſſet, quod & procedit ſi ſimul cum die conditio adjecta fuit ſtipulationi, veluti *ſi ante Kalendas martias primas opus perfectum non erit quanti id opus erit dare ſpondes? dict. l.* 72. §. 1. *de verb. oblig.* quo caſu etſi tantum reſidui temporis ſit, intra quod opus perfici non poſſit, atque ita jam ſit expleta conditio, cum verum ſit opus nec factum eſſe, nec fieri amplius intra deſignatum terminum poſſe, adhuc tamen dies Kalendarum expectandus eſt, quia illa conditio confertur in gratiam debitoris, & quoties conditio apponitur in gratiam debitoris, dies adjectus conditioni expectatur poſt impletam conditionem, ut dicebam *num.* 23. & probant præterea textus *in l. veluti* 27. §. 1. *l.* 99. §. 1. *de verb. oblig.* Nec hanc doctrinam offendit textus *in l. cum ſtipulatus* 113. §. 1. *eod. tit.* ubi cum quis ita ſtipulatus fuiſſet pœnam ſub hac conditione: *ſi opus arbitratu tuo ante Kalendas Junias effectum non ſit*, & poſtea diem protuliſſet in Kalendas Auguſti, & opus ante Kalendas Junias factum non eſſet, quærebatur an pœna ex ſtipulatione deberetur? Ratio dubitandi urgebatur ex temporis prorogatione, propterquam à pœna receſſum eſſe videbatur. Proculus tamen reſpondet multum intereſſe, an ſtipulator diem tunc protuliſſet, cum adhuc opus perfici poterat ante Kalendas Junias, & tunc pœnam non committi propter diei prorogationem, an verò tunc diem protulerit cum certum jam erat opus intra Kalendas Junias perfici non poſſe, & tunc pœnam deberi, quæ commiſſa fuit ante diei prorogationem, unde dicendum videtur quod ex ſtipulatione, qua intra certum diem inſula ædificanda promittitur, ante diem agi poteſt, quoties tantum reſidui temporis eſt, quo inſula ædificari non poſſit. Nam reſpondeo cum Donello *in dict. l.* 113. *num.* 8. & 9. Proculum ibi ſolum aſſerere ex ea ſtipulatione pœnam committi, & pecuniam in pœnalem ſtipulationem deductam deberi, ſimul ac certum eſſe cœperit intra deſignatum diem opus fieri non poſſe, licet dies nondum præterierit, quod non negamus, cum ex ſtipulatione in diem concepta ante diem naſcatur obligatio, non verò dicere pœnam ante diem peti poſſe quod ſolum inficiamur. Neque obſtat quod *in dict. l.* 27. §. 1. & *dict. l.* 113. *de verb. oblig.* in eadem ſpecie dicatur diem ſtipulationis non cedere ante elapſum diem, ſeu ſtipulationem ante diem non committi, nam id ita intelligendum eſt ut eum effectu non ante cedat dies ſtipulationis, nec ſtipulatio committatur, quia non poteſt ante conveniri promiſſor, ut expreſſum *in dict. l.* 27. §. 1. & hac forſan ratione Proculus cum initio ſimpliciter ſcripſiſſet pœnam commiſſam eſſe

in

in fine textus ſcribit prope modum eſſe commiſſam, ideſt commiſſam quidem eſſe quoad ſubſtantiam obligationis, non tamen commiſſam iotelligi quoad effectum executionis, quia ante diem peti non poteſt, licet aliter ea verba Donellus interpretetur.

34 Rurſus & contractus cui certus locus adjicitur ex re ipſa dilationem capit, & tacitè tempus complectitur quoad deſtinatum locum perveniri poſſit *l.* 2. §. *qui ita* 6. *de eo quod certo loco. dict. l.* 41. §. 1. *dict. l.* 31. *de verb. oblig.* §. *loca* 7. *inſtit. eod. tit.* cum impoſſibile ſit ut debitor deſignato loco ſolvat, priuſquam ad illum locum poſſit pervenire, tempus autem accipiendum eſt arbitrio boni viri, qui habita ratione temporis, ætatis, ſexus & valetudinis æſtimet quanto tempore diligens paterfamilias poſſit ad præſtitutum locum pervenire *dict. l.* 137. §. *cum ita* 2. *de verb. oblig.* qoa ratione ſi quis Romæ ita ſtipuletur: *hodie Carthagini dare ſpondes?* inotilis erit ſtipolatio, qoia impoſſibilis eſt repromiſſio *dict. l.* 2. §. 6. *de eo quod certo loco. dict.* §. 7. *inſtit. de verb. oblig.* & juncta regula textus *in l. impoſſibilium* 185. *de reg. jur.* excepto caſu qoi proponitur *in l. ult.* §. *ſi inter eos* 4. *de verb. oblig.* & ex eadem ratione iootilis eſt ſtipulatio ſic concepta: *operas suas centum hodie dare ſpondes? l. qaoties* 24. *de oper. libert.* Sed argues *ex l. inſulam* 58. §. 1. *locati* obi ſi in operis locatione dictum ſit ante quem diem effici deberet, etſi iotra illum factum non ſit, certam pecuniam conductor locatori promiſerit, ait Conſultus, eatenus obligationem contrahi, quatenus vir bonus de ſpatio temporis exiſtimaſſet quia id actum eſſe apparet ut eo ſpatio abſolveretur ſine quo fieri noo poſſet, ergo ſuperiores ſtipulationes etiam utiles eſſe debent. Verum omiſſis quæ tradiderunt Antonius Faber *in rationali ad dict. l.* 58. §. 10. noſter Pichardus *in dict.* §. 7. & Cheſius *lib.* 1. *interpretat. cap.* 22. *per totam*, Reſpondeo cum Donello *in dict. l. ult.* §. 4. *de verb. oblig. num.* 3. in præfata locatione duas fuiſſe conventiooes, uoam ut opus fieret, alteram ut intra certum tempus: quod probatur tum ex prioribus verbis textus ibi: *in operis locatioae &c.* quæ denotant locationem ſimpliciter factam præceſſiſſe, & eam ſubſecutam conventionem circa tempus, quo opus abſolvi deberet, tum etiam & ex poſterioribus quibus ait, id actum eſſe inter contrahentes, ut eo ſpatio opus abſolveretur ſine qoo fieri non poſſet, quod ſane dici non poſſet, niſi locatio ſimpliciter facta præceſſiſſet, ex his igitur duabus eooventionibus ſecunda tanquam impoſſibilis inutilis eſt, prima verò ut pote ſimpliciter facta ſubſiſtit, & ſua natura tacite tempus comprehendit, intra quod arbitrio boni viri opus perfici poſſet.

35 Hæ igitur duæ ſtipulationes nimirum inſolam fieri & certo loco pecuniam dari, quæ ambæ ex re ipſa dilationem recipiunt io eo conveniunt, quod ſicuti ſtipulator ante diem quo potuerit reus promittendi ad deſtinatum locum pervenire, male & perperam agit, & litem amittit, quia plus tempore petit *dict. l.* 2. §. 6. *de eo quod certo loco. dict.* §. 33. *verſ. loco inſtit. de action.* ut ex aliis docet D. Reres *in Academ. de verb. oblig. tract.* 4. *de ſtipulatione cum adjectione loci num.* 9. ſic & qui inſulam fieri ſtipulatus eſt ſi agat ante diem elapſom, quo inſula fieri debet cauſam amittit, ut expreſsè probat *ex dict. l.* 28. §. 1. *de verb. oblig.* ubi in eadem ſpecie ait Marcellus *ante non recte agit*, quæ verba ut notum eſt id valent creditorem ante agentem litem amittere neque obſtat textus *in l. ſi rem* 9. §. *alt. de pignor. act. l. ſi mandavero* 17. *mandati l.* 4. §. *ſi adhuc* 2. *de tutel. & rebus diſtrahendis.* in quibus ea ratione creditor agens ante diem qui tacite ex natura rei negotio ineſt litem non amittit, quia loquuntur de bonæ fidei judiciis in quibus pœna plus petentium nlim locum non habuit, namque judicio booæ fidei agebat, formulam à prætore impetrabat incertam, & arbitrariam, qoa petebat ex bona fide, quantum ſibi deberi arbiter exiſtimaret, & licet plus peteret ex bona fide, tacite profitebatur ſe nolle conſequi totum quod petebat, ſed ſolum quod ſibi deberetur ut ex Cicerone docent Cujacius *lib.* 2. *quaſt. Pauli in l.* 20. §. 1. *de interrog. act. & in l. un.* §. 1. *C. de rei uxor. act.* Petrus Gregorius *lib.* 21. *ſyntagmat. cap.* 8. *num.* 4. Hottoman. *lib.* 8. *obſervation. cap.* 3. & D. Gonzalez *in cap. an. de plus petit. num.* 17. in aliis tamen hæ duæ ſtipulationes maxime differunt, ut ecce id quod certo loco promiſſum eſt, alio loco invito ſtipulatori ſolvi oon poteſt, quia tacitus dies, qui huic ſtipulationi ineſt, oon modo in gratiam debitoris, ſed & in favorem creditoris adjectus cenſetur ut diximus *num.* 16. at qoi inſulam ædificare promiſit, licet non teneatur conquiſitis undique fabris, & pluribus operis adbibitis feſtinare; ſed ſolum modum adhibere ſecundum rationem diligentis ædificatoris, temporis & locorum *dict. l.* 137. §. 3. *de verb. oblig.* ſi tamen feſtinarit & opus ante tempus perfecerit, liberatur & intelligitur feciſſe quod promiſit ut innuitur *in dict. l.* 137. §. 3. quia tacitus dies, quem hæc ſtipulatio recipit non dirigitur ad commodom ſtipulantis, ſed ad utilitatem promiſſoris, qui poteſt dilationi renunciare. Differunt item & in eo quod ſi quis ſibi aut Titio Epheſi decem dare ſtipulatus ſit, licet alio loco invito ſtipulanti ſolvi oon poſſit, ſi tamen ei adjecto ſolvatur, ſtipulator quidem actionem habet, ad integræ ſummæ petitionem, quia debitor liberatus non fuit, ſed ſolum conſequitur quod loco deſtinato ſolutum eſt, at ſi quis ſibi aut Titio inſulam fieri ſtipulatus ſit & promiſſor invito ſtipulante ex conſenſu adjecti alio loco inſulam ædificarit, non ſolum non liberatur, ſed & inſulam deſignato loco adhuc ædificare tenetur, quæ differentia expreſſe traditur *in dict. l.* 2. §. *idem Julianus* 7. *de eo quod certo loco.* ubi Dooellos elegantem ejus rationem affert ex eo quod qui alio loco adjecto ſolvit, etſi non totum, aliquid tamen fecit ejus quod promiſit, peconiam enim quam debebat ſolvit, loci utilitatem non ſolvit, quam ſolum reſtituere tenetur. At qui inſulam volente adjecto alio ſolo ædificavit, quam quo ædificare promiſit nihil fecit ejus quod promiſit, ſed plane aliud, quia cum ædificia ſoli conditiooem ſequantur §. *cum in*

ſuo 29. de rer. diviſ. prout aliis atque aliis in locis ædificantur alia atque alia judicaretur & ea ratione inſulam deſignato loco extruere cogitur. Notandum tamen eſt id quod diximus, id quod certo loco promiſſum eſt, alio loco invi o ſtipulatore, adjecto ſolvi non poſſe, non obtineri, quoties in ſtipulatione alius locus in pœnam ſtipulantis, alius verò in pœnam adjecti confertur, quo caſu etſi diverſa ſint facta, quia prævalet cauſa dandi, promiſſor adjecto ſolvens loco in ejus perſonam collato liberatur, ut ſcribit Paulus *in l. 98. §. mihi Romæ 6. de ſolutionibus* ubi idem procedere ſubjungit, ſi quis inſulam ſuo loco aut Titiæ loco fieri ſtipulatus ſit, nam & tunc promiſſor, Titiæ loco inſulam ædificans liberatur. Nec enim in hac ſpecie factum pro facto ſolvitur, quod ſi fieret liberatio non contingeret, ſed electio promiſſoris completur, id eſt ex duobus factis, quæ disjunctim io ſtipulatione deducta ſint, eligit promiſſor quod mavult, cum in disjunctivis ad eum pertineat electio *l. 10. §. ult. de jur. dot. cum ſimilibus* tradit Cujac. *lib. 15. quæſt. Pauli in dict. l. 98. de ſolut. in §. 6.*

36 Sed adverſus id quod diximus, ſtipulationes quibus inſulam fieri & certo loco pecuniam dari promittitur ex re ipſa dilationem recipere & ſtipolatorem agentem, antequam promiſſor inſulam extruere, aut ad deſtinatum locum pervenire potuerit, litem amittere, ingens inſurgit difficultas ex eo quod ſi ob aliquam rationem id procederet, maximè quia res in has ſtipulationes deductæ exigunt ſua natura tempus intra quod poſſint expediri, ſed hæc ratio non efficit quominus ſtipulator ſine ullo metu confeſtim agere poſſit, ergo falſum aſſeruimos. Minor probatur, nam pariter ubi is qui domi pecuniam aut Stichum non habet, decem aut Stichum promittit, aut cum quis Romæ Stichum qui Epheſi eſt dare promittit, ſtipulatio tempus deſiderat, intra quod traditio fieri poſſit, neque enim qui peconiam non habet poteſt eam ſtatim explicare, nec qui Romæ Stichom, qui Epheſi eſt dare promittit, ſtatim Romæ Stichum tradere poteſt, & tamen à nullo ex his caſibus dilationem accipit ſtipulatio, imò poteſt ſtipulator confeſtim agere, quin litis jacturam patiatur ut expreſsè Venuleius decidit *in dict. l. 137. §. illud 4. de verb. oblig.* ergo nec ſuperiores ſtipulationes debent dilationem recipere, etſi res in eas deductæ ſua natura tempus exigant, intra quod poſſint expediri, imò ex earum qualibet poterit ſtipulator ſtatim experiri abſque diſpendii ullios metu. Cui difficultati reſpondeo cum ipſo Conſulto *in dict. l. 137. §. 4.* multum inter has ſtipulationes intereſſe, nam ideo ſtipulationes: *inſulam fieri, & certo loco pecuniam dari*, dilationem recipiunt, quia quod promiſſor non poſſit ſtatim inſulam facere, aut ad deſignatum locum pervenire, impedimentum eſt naturale, cum non ſolum ab ipſo, nec ab alio ante tempus hæ res natura præſtari poſſint, quod impedimentum ſtatim præſentem præſtationem impoſſibilem reddit, & petitionem differt, donec id tempus præterierit quo præſtatio fieri poſſit. At in caſibus de quibus diſputat Venuleius quod promiſſor ſtatim rem dare non poſſit, non eſt naturale impedimentum, ſed incommodum perſonæ, quod ſolum reſpicit ad difficultatem dandi, nec ideo promiſſor rem dare non poteſt, quod ea per rerum naturam oon poſſit dari, ſed quia ipſe ea caret; difficultas verò præſtationis non ſobiutrat ſubſtantiam obligationis *l. ult. de action. empti l. 2. §. ex his 2. de verb. oblig. dict. l. 137. §. ſi ab eo 5. de verb. oblig.* unde cum ceſſet impedimentum naturale reſpectu præſtationis, nihil mirum quod ſtipulatio nou recipiat dilationem, & quod ex ejus cauſa confeſtim poſſit ſtipulator experiri.

37 Nec huic ſolutioni obſtat textus *in l. ſi debitori 21. de judiciis l. ſi dominus 71. §. ſi pecunia 2. de legatis 1. l. 1. §. item ſi 8. ad leg. Falcid. l. quod diximus 105. de ſolution.* quibus aſſeritur, ex cauſa obligationis pure contractæ aut legati debitori pure relicti, hæredi modicum ſpatium temporis indulgeri intra quod rem debitam aut legatam tradere poſſint. Nam reſpondeo confitenti debitori non ratione obligationis, ſed humanitatis cauſa idem temporis ſpatium indulgeri, quod judicatis datur, ita ut ante illud rectè quidem creditor agere poſſit, ſed officio prætoris contineatur quod non ſtatim debitor urgeatur ad ſuſcipiendum judicium. Nec magis obſtat quod dicitur *in l. quod te mihi 5. de rebus creditis*, ſcilicet eum qui rem debitam in poteſtate noo habet etſi maximè interpelletur moram non facere, nec enim ſolus moram non facit is à quo pecunia peti non poteſt, ſed quisquis differendæ ſolutionis juſtam cauſam habet, etiamſi pure debeat *l. ſciendum 29. cum duabus ſeqq. de uſur.* docet Donellus *in dict. l. 137. §. 4. de verb. oblig.* difficilior poteſt videri textus *in §. ult. inſtit. de inutilib. ſtipulat.* ubi diſerte Juſtinianus ſcribit, quod ſi quis fundum vel hominem ſtipuletur non poteſt continuo agere, niſi tantum ſpatium præterierit quo traditio fieri poſſit, cujus deciſionis difficultate oppreſſus Donellus ubi nuper & *in dict. l. 42. §. 1. de verb. oblig. num. 32.* ſic Juſtinianum accipit ut ex cauſa ſtipulationis, in quam res immobilis deducta eſt ante tempus quo rtaditio fieri poſſit ſtipulator exigere non poſſit, & ante tempus agens litem amittat, quia naturale impedimentum adeſt ex parte rei, quæ nec à promiſſore, nec ab alio altero, alio loco quam quo ſita eſt natura præſtari poteſt, & quia vidit textum etiam de re mobili, aut potios ſe movente loqui ſcilicet de ſervo, eum intelligit de eo ſervo promiſſo qui vel natura vel jure eſſe non poſſet eo loco ubi promiſſus eſt, natura veluti ſi ab hoſtibus captus ſit, ut in terminis textus *in dict. l. ult. de actionibus empti*, jure, veluti ſi eo pacto ſit alienatus, ot illic morari non poſſit, juxta terminos textus *in l. 1. 2. & 7. de ſerv export.* qui per rerum naturam ex loco, ubi promiſſus eſt præſtari non poteſt, quam interpretationem confirmat ex illis verbis textus *quo traditio fieri poſſit* quæ ſic explicat quo traditio fieri poſſit per rerum naturam non pro commodo aut facultate promiſſoris.

38 Unde licet hæc Donelli interpretatio plauſibilis videatur, & ſit in ſchola noſtra recepta,

Digitized by Google

ta, mihi tamen rem hanc ſedulo intuenti non placet, nam præterquam quod nimis generalem Juſtiniani ſententiam reſtringit, ex eo etiam facile meo judicio convincitur, quod in ſpeciebus, quas ipſe effiogit non adeſt impedimentum naturale ex parte rei promiſſæ, ſed ſolum incommodum promiſſoris, quod ut jam diximus non poteſt obligationis dilationem quoad effectum ſolutionis inducere, etenim quod promiſſor rem quæ eo loco ubi promiſſa eſt eſſe non poteſt, ibi præſtare non poſſit non ex eo provenit quod res per rerum naturam præſtari non poſſit, poteſt enim ab his præſtari, qui eo loco commorantur ubi ipſa eſt, ſed ex eo potius, quod ipſe ibi non ſit, & ea ratione careat re promiſſa, hoc autem ſolum eſt incommodum perſonæ, ſicuti & illud quod continet ſtipulatio, qua quis Romæ exiſtens Stichum Epheſi exiſtentem ſimpliciter dare promitit *dict. l.* 137. §. 4. *de verb. oblig.* in eo enim egregie fallitur vir doctiſſimus, quod exiſtimabat ideo in hac poſteriore ſtipulatione non adeſſe impedimentum naturale ex parte rei, quia licet Stichus Epheſi ſit, tamen Romæ eſſe potuit, & è contrario in prioribus ſtipulationibus adeſſe impedimentum naturale quia res nec eo loco eſt ubi promiſſa fuit nec eſſe poteſt, quod omnino falſum eſt, nec enim impedimentum naturale ex eo oritur quod res eo loco quo promiſſa eſt præſtari non poſſit, hoc enim ad facultatem dandi pertinet, & perſonæ commodum reſpicit, ſed ex eo quod res nec eo loco quo promiſſa eſt, nec alio à promiſſore, vel ab alio præſtari poſſit, alioquin in illa ſtipulatione, qua qui Romæ eſt Stichum Epheſi exiſtentem dare promiſit adeſſet naturale impedimentum quia verum eſt Stichum qui Epheſi eſt, Romæ ubi promiſſus eſt ſtatim nec à promiſſore, nec ab alio præſtari poſſe, cum contrarium ſcribat Conſultus *in dict.* §. 4. Nec quod Stichus Romæ eſſe potuerit tolleret impedimentum naturale, ſi quod eſſet, nam hoc ipſo quod Romæ non ſit, licet eſſe potuerit, nec à promiſſore nec ab alio ſtatim illic præſtari poteſt, non minus quam ſi ibi eſſe non potuerit, ergo ſtipulatio fundi & ſervi qui eo loco promiſſus fuit, ubi commorari non potuit, non continet impedimentum naturale, ſed incommodum promiſſoris, ac per conſequens non recipit dilationem. Tandem & expreſſè convincitur *ex dict. l. ult. de action. empti* in qua ait Conſultus quod quoties promittitur vel venditur ſervus apud hoſtes exiſtens (quo exemplo utitur Donellus) potius difficultas in eo præſtando ineſt quam in natura, ergo ex eo quod res promiſſa eo loco, ubi promiſſa eſt, eſſe non poſſit, non reſultat impedimentum naturale, addit tamen ufficio judicis ſubſtinendam eſſe præſtationem, donec ſervus præſtari poſſit, quia tacitam recipit contractus, ſi ſervus ab hoſtibus redierit *argum.* textus *in dict. l.* 137. §. 1. *de verb. oblig.* junctis quæ tradit Retes *lib. 6. opuſc. cap.* 2. *num.* 8. *& 9. & cap. 6. num. 5.*

39 Contra quam doctrinam pro Donello ſic arguet aliquis, ergo nec ſtipulatio, cui locus adjectus eſt debet dilationem recipere; conſequentia ſic probabitur: in hujuſmodi ſtipulatione non datur impedimentum naturale, ſed perſonale, nam res eo loco, quo dari promiſſa eſt ſtatim dari poteſt, licet non à promiſſore, ſaltim ab aliis qui ibi commorantur, quod ſufficit, ut excludatur naturale impedimentum, ergo vel ſtipulatio, cui locus adjectus eſt dilationem non recipit, vel omnis ſtipulatio, in qua perſonæ incommodum vertitur dilationem recipere debet contra ſententiam textus *in dict. l.* 137. §. 4. *de verb. oblig.* ſed huic ſubtili difficultati in cujus ſolutione nullum ex his quos viderim habeo quem ſequar. Reſpondeo quod quemadmodum ſtipulatio qua inſula fieri promittitur naturale impedimentum continet, quia inſula ſtatim nec à promiſſore nec ab alio per rerum naturam fieri poteſt, & ea ratione dilationem recipit, ſic & ſtipulatio cui locus adjicitur, recipit dilationem, quia continet naturale impedimentum, quod non provenit ex eo quod res eo loco quo dari promiſſa eſt ſtatim à promiſſore dari non poſſit, quod ſolum eſt incommodum perſonæ, ſed ex eo quod qui certo loco pecuniam dare promittit, duo promittit, ſcilicet in eum locum pervenire & ibi pecuniam dare ut probat elegans ad rem textus *in dict. l.* 98. §. *mihi Romæ* 6. *de ſolut.* & licet ſtipulatio in ea parte, qua pecuniam eo loco dari promittitur ſolum contineat difficultatem præſtationis, quæ non ſufficit includendam dilationem, tamen reſpectu alterius partis, qua ad deſtinatum locum pervenire promittitur naturale ipedimentum continet, cum verum ſit, nec promiſſorem, nec alium quempiam ſtatim ad eum locum poſſe pervenire quod efficit ut hæc ſtipulatio dicatur ex re ipſa dilationem recipere, cum res promiſſa ſcilicet, & ad deſtinatum locum pervenire, nec à promiſſore, nec ab alio abſque temporis ſpatio poſſit expediri. Itaque ut clarius me explicem hæc ſtipulatio dationem & factum continet, & licet quatenus dationem continet ſolum perſonale incommodum habeat, tamen quatenus continet factum claudit naturale impedimentum quod dilationem inducit. Neque obſtat quod *in dict. l.* 98. §. 6. cauſam dandi prævalere in hac ſtipulatione dicatur, nam id intelligendum eſt juxta ſubjectam materiam quoad effectum, quem mihi Conſultus aſſignat, & jam explicui *num.* 35. non verò quoad præſentem inſpectionem in qua prævalet factum ex voluntate contrahentium ut pote medium adexplicandam pecuniam, & ea ratione dilationem inducit. Nec magis obſtat ſi dicas quod pariter qui Romæ exiſtens Stichum Epheſi exiſtentem dare promittit tanquam in neceſſarium antecedens vi ipſum factum promittit ſcilicet Epheſum pervenire, & tamen illa ſtipulatio dilationem non recipit. Nam reſpondeo illam ſtipulationem ſolum dationem non verò factum continere, ut vel ex eo conſtat quod promiſſor non ſolum Epheſi, ſed & alio quocumque loco Stichum tradere poteſt, quod non procedit in ſtipulatione cui locus adjectus eſt, in qua tanquam in neceſſarium antecedens factum contineri ex eo facile dignoſcitur quod promiſſor ſolum deſignato loco poteſt pecuniam explicare.

Quapropter Donelli interpretatione rejecta 40

ve-

Digitized by Google

vetiorem exiſtimo commonem ſolutionem aſſerentium non aliam eſſe ſenteutiam Juſtiniani *in dict. §. ult. inſtit. de inutil. ſtipulat.* quam eam quæ traditur à Conſulto *in dict. l. 71. §. 2. de legat. 1. & in dict. l. 105. de ſolutionib.* ſcilieet quod ſi quis pure fundum vel hominem ſtipuletur, licet poſſit ſtatim rectè agere ſine metu pluris petitionis, tamen non ſtatim rem debitam conſequetur niſi modicum temporis ſpatium præterierit, qoo traditio fieri poſſit, quod ex humanitate promiſſori indulgetur. Nec obſtant illa textus verba: *non poteris continuo agere* quibus præcipuè nititur Donellus, nam ita accipienda ſunt, ut ſi ſtipulator ſtatim quidem actionem in judicium deducere poſſit, ſed in effectu agere non poſſit, quia promiſſor non urgetur à prætore ad ſuſcipiendum judicium, niſi temporis ſpatium, quo rem tradere poſſit præterierit ut diſerte ſcriptum eſt *in dict. l. 71. §. 2. de legat.* 1. unde ut breviter & expedite hanc rem comprehendam, ſic ſtatuo: quoties naturale impedimentum adeſt præſtationis, veluti cum factum promiſſum eſt, ex re ipſa dilationem accipit ſtipulatio, ita ut ſtipulator ante tempus agens actionem amittat *dict. l. 2. §. 6. de eo quod certo loco & dict. l. 48. §. 1. de verb. oblig.* quoties ergo non adeſt naturale impedimeotum, ſed difficultas præſtatiunis ſeu incommodum promiſſoris, ſtipulatio pura eſt, nec dilationem recipit, itaque ſtipulator coufeſtim agere rectè poteſt, ſed ex humanitate aute elapſum modicum temporis ſpatium, quo traditio fieri poſſit, reus promittendi non urgetur ad ſuſcipiendum judicium *dict. l. 71. §. 2. de legat. 1. & dict. §. ult. de inutil. ſtipulat.* & hæc de die certo contractibus adjecto.

CAPUT SECUNDUM.

De die certo ultimis voluntatibus adſcripto.

1 NON modo contractibus ſed & ultimis voluutatibus otiliter dies certus adſcribitur, & quidem eodem effectu, nam quemadmodum ex contractu in diem celebrato præſeus eſt obligatio, in diem autem differtur petitio, ſic legatum aut fideicommiſſum ex die certo relictum ſtatim cedit à morte teſtatoris, perinde ac ſi pure relictum eſſet, Ulpianus *in fragment. tit. 24. de legatis l. legatorum penult. l. Sempronius 26. verſ. dies quidem de uſu & uſufr. leg. l. ſi poſt diem 5. §. 1. l. ſi dies 21. quando dies legat. cedit. l. cum legatorum 8. l. ſeq. ut legat. nom. caveatur l. unica §. libertatibus 6. in fin. C. de caduc. toll.* ante diem autem peti non poteſt, ut ex his juribus conſtat, qua ratione *in l. ſi cui legetur 49. §. 1. cum duob. ſeqq. de legat. 1. l. omnia 32. in prin. de legat. 2. l. in principio l. ſi in annos 49. de condit. & demonſt.* inſpecto exitu exactionis aſſeritur legatum in diem relictum præſens non eſſe, & ante diem non cedere, neque deberi, quia licet ſtatim cedat, non tamen ita cedit, ut ante diem peti poſſit; ex quibus intelligo elegantem loquendi modum quo utitur Pomponius, Papinianus *in l. 5. §. ſi dies 2. ut legator. nom. caveat.* ibi: ſi dies aut conditio legati aut fideicommiſſi petitionem exactionemvè differre dicatur &c. Quibus verbis expreſsè diſcrimen conſtituit inter diem & conditionem, ita ut conditio actionem ſuſpendat, dies verò non actionem ſed petitionem legati differat: cum ergo legatum ex die relictum cedat à morte teſtatoris, in neceſſariam conſequentiam ad hæredes tranſmittitur, ſi forſan legatarius poſt mortem teſtatoris ante diem in fata conceſſerit *dict. l. 49. §. & ideo 3. de legat. 1. l. ſi ita legatum 103. de condit. & demonſt. dict. l. 5. §. 1. l. ſi cum præfinitione 20. dict. l. 21. l. ſi Titio 22. §. 1. quando dies leg. cedat. l. ex his verbis 5. C. eod. tit.* diſerti neque volgares textus *in l. ſi uſusfructus 9. §. plane 21. uſusfruct. quemadm. caveatur l. in quantitate 73. §. in diem 4. ad leg. Falcid.* quia præcipuus effectus ceſſionis in tranſmiſſione conſiſtit, ut docet Cujacius *lib. 7. reſponſ. Papin. in l. cum filius 76 §. ſervus pure 4. dict. l. 2.* tradunt Spinus *in ſpecul. teſtam. gloſſ. 13. principali num. 22. cum plurib. ſeqq.* Bellonus *de jur. accreſcendi cap. 7. quæſt. 16.*

Sed acriter opponi poteſt textus *in l. cum ſine præfinitione 19. in prin. & §. 1. quando dies legati cedit*, ubi ait Julianus quod ubi ſine præfinitione temporis legatum ita relinqoitur: *uxori meæ penus dato, ſi non dederis centum dato:* unum legatum intelligitur centum, quod ſtatim peti poteſt, penoris autem cauſa in id tantum adjicitor, ut hæres ante litem conteſtatam tradita pœna liberetur. Progreditur & aſſerit quod ſi cum præfinitione temporis ita ſcriptum ſit: *ſi penus intra Kalendas non dederis centum dato*, uxor intra Kalendas decedens, nec penus, nec centum tranſmittit ad hæredes; tunc ſic, en ubi legatum quod non adjecto die ad hæredes tranſmittitur, in diem relictum propter temporis præfinitionem redditur intranſmiſſibile, ergo legatum in diem certum relictum ante diem non cedit, nec tranſmittitur ad hæredem; cui difficultati reſpondeo cum Cujacio *lib. 70. digeſt. Julian. in dict. l. 19.* illud legatum non ſolum in diem, verum & ſub conditione relictum fuiſſe, ut patet ex ejus formula, & non ideo non tranſmitti quia in diem, ſed quia ſub conditione datum fuit, cum legata ſub conditione relicta ea pendente non poſſint ad hæredes tranſmitti *dict. l. 5. §. ſed ſi ſub conditione 2. quando dies legat. ced. dict. l. un. §. ſi autem aliquid 7. C. de caducis.* verum adverſus hanc ſolutionem ſic inſtabis: Quoties deceſſit uxor, jam extitit condirio, cum certum eſſe cœperit penum uxori intra Kalendas nec datam eſſe, nec dari amplius poſſe, ergo legatum debuit ad hæredem tranſmitti, nam legatum ſimul in diem & ſub conditione relictum ad hæredem tranſmittitur, ſi legatarius ante diem decedat, dummodo eo ſaltem moriente conditio extiterit *dict. l. 103. de condit. & demonſt.* vel ſi non tranſmittitur: ergo ſolus dies qui ſupereſt poſt exiſtentiam conditionis impedit tranſmiſſionem legati; ſed reſpondeo *in dict. l. 19. §. 1.* uxorem legatariam pendente conditione deceſſiſſe; nam legatum illud intelligitur relictum ſub conditione, ſi hæres

Digitized by Google

hæres moram fecerit in tradendo pœnum *l.* 1. *de penu legata l. ſi penum* 24. *quando dies leg. cedit.* hæres ante Kalendas moram non commiſit, neque committere potuit *l.* 41. §. *fin. de verb. oblig.* aliud verò procedit *in dict. l.* 103. ubi conditio negativa fuit collata in poteſtatem legatarii, & eo moriente impletur & legatum ad hæredes tranſmittitur, ex qua etiam doctrina diſſolvi poſſe exiſtimo difficultatem quæ deſumi poteſt ex textu *in dict. l.* 113. *de verb. oblig.* quem jam expoſui *ſuperiori cap. num.* 33. in cujus ſerie ideo committitur pœnalis ſtipulatio ſimul ac certum eſſe incipit intra tempus quod ſupereſt opus fieri non poſſe, quia licet tota conditio ſimul cum die in poteſtatem & arbitrium promiſſoris collata fuerit, tamen ubi jam tantum reſidui temporis eſt, intra quod opus fieri non poteſt, verum eſt per ipſum promiſſorem extitiſſe quominus opus intra diem fieret, quod dici non poteſt *in dict. l.* 19. ubi non ſtetit per hæredem quominus penom darer quam quacumque die dare poſſet ni uxor deceſſiſſet intra Kalendas.

3 Rurſus ex eodem principio infero, quod illud legatum quod pure relictum inutile foret ex regula Catoniana, inutile etiam erit ſi in diem certum relinquatur. Nam cum regula Catonis pertineat ad ea legata, quorum dies cedit à morte teſtatoris *l.* 3. *de regula Caton.* utique & pertinebit ad legata in diem certum relicta, quorum diem cedere à morte teſtatoris aſſerimus, ut ecce res propria legatarii inutiliter ei legata, neque ex facto legatum convaleſcit, ex eo quod legatarius eam alienaverit §. *ſed ſi rem* 11. *inſtit. de legatis*, quia legatum quod inutile foret, ſi teſtamenti facti tempore teſtator deceſſiſſet, convaleſcere non poteſt ex eo quod diutius vixerit *l.* 1. *de regul. Caton.* juncto Cheſio 1. *interpret. cap.* 3. ſi verò res propria legatarii ei ſub conditione legetur, ab initio utile eſt legatum, & effectum ſortitur, ſi exiſtentis conditionis tempore res aliena ſit, quia ad legata conditionalia, quæ non cedunt à morte teſtatoris, ſed ab exiſtentia conditionis, non pertinet regula Catoniana *l. ea era* 41. §. 2. *de legat.* 1. *l.* 4. *de regul. Catoniana.* At ſi res propria legatarii in diem certum ei legetur, inutile legatum eſt, nec ex eo convaleſcit quod intra præfixum diem eam legatarius alienaverit, quæ doctrina præterquam quod nuper expenſa juris ratione nititur, probatur meo judicio non ineleganter *ex l. heredem* 18. *de legat.* 2. ubi ait Celſus poſſe teſtatorem hæredem ſuum damnare ut ſi quando ipſe moriatur: *tuus ſervus Stichus non erit, dare ſibi teneatur?* ſignificat ergo ideo hoc legatum conſiſtere, quia non ſolum in diem, ſed etiam ſub conditione relictum foit ergo ſi ſolum in diem mortis teſtatoris relictum foret inutile eſſet: licet alia legatum utile non ideo vitietur, quod in ultimum inſtans vitæ relictum ſit ut *ex l. qui dues* 18. §. 1. *de manum. teſtam.* contra quoſdam antiquiores cum judicio docet ſubtiliſſimus Coſta *lib.* 1. *ſelect. cap.* 14. ſed argoi poteſt ex difficili textu *in l.* 30. §. *penult. verſ. alia cauſa ad leg. falcid.* ubi aſſeritur quod licet legatum pure relictum ſervo hæredis inſtituti inutile ſit juxta regulam textus *in* §. *an ſervo hæredis inſtituti* 32. *inſtit. de legat. cum ſimilib.* tamen in diem certum relictum utile eſſe & ad effectum perduci, ſi ſervus intra diem libertatem conſequitur: ergo legatum quod pure relictom inutile foret ſubſiſtit ex eo quod in diem certum relinquatur, ac per conſequens legatum in diem certum relictum non cedit à morte teſtatoris ſed ab adventu diei Cui difficultati omiſſa emendatione Cujacii *lib.* 15. *quæſt. Papin. in dict. l.* 3. *de regula Catoniana & lib.* 24. *obſervat. cap.* 10. omiſſa etiam Accurſii interpretatione & Oroz *lib.* 1. *de apicib. jur. civilis cap.* 2. *num.* 6. Reſpondeo cum Goffredo & Goveano *in dict. l.* 30. §. *penult.* maximum adeſſe diſcrimen inter legatum ſervo hæredis relictum pure, aut ex die certo ſine libertate relictum, quod ex Catoniana regula inutile eſt, & ea ratione non venit in contributionem Falcidiæ, & inter legatum eidem ſervo cum libertate relictum pure vel ex die certo, de quo agit Conſultus *in dict.* §. *penult.* quod utile eſt *l. ſi legatarius* 8. §. 1. *de legat.* 3. & venit in contributionem, quia legatum relictum ſervo cum libertate non cedit à morte teſtatoris ſed ab adita hæreditate *l.* 7. §. *fin. cum l. ſeq. quando dies leg. cedat.* ac proinde non vitiatur per regulam Catonis, quæ non pertinet ad legata quorum dies cedit ab adita hæreditate *dict. l.* 3. *de regula Catoniana.*

Infertur etiam quod hæres rem in diem certum legatam ante diem legatario poteſt ſolvere 4 *l. hujuſmodi* 84. §. *ſi Sempronius* 2. *de legat.* 1. *dict. l.* 2. §. 1. *de condit. & demonſt.* quia dies non ceſſioni ſed ſolutioni legati dilationem inducit, cui utpote in ſui favorem appoſitæ ex vulgari regula textus *in l. cum tempus* 17. *de reg. jur.* rectè poteſt hæres renunciare niſi forſan propter capientis perſonam, quæ rem familiarem tueri non poſſit, legatum aut fideicommiſſum in diem relictum ſit ut in terminis textus *in l.* 3. §. 2. *de uſuris l. ſi ita* 45. §. 2. *de legatis* 2. quod ante diem ſolvi non poteſt, adeo ut ſi hæres rem legatam ante diem perdituro legatario tradiderit non liberetur *l. Javolenus* 15. *de ann. legat.* ex quibus difficilis redditur Scævola *in l.* 88. §. *teſtator* 3. *de legat.* 2. ubi cum teſtator legata ante quinqoennium vetoiſſet peti præſtarique, & hæres quædam ſua ſponte ante quinquennium ſolviſſet quærebatur an ejus, quod ante diem ſolutum eſt, repræſentationem in reliqua ſolutione legati reputare poſſit, & reſpondit Conſultus non propterea minus relictum videri, quod aliquod ante diem ſolutum ſit. Tunc ſic: aut in hujus textus ſerie ea fuit voluntas teſtatoris, ut hæres ante quinquennium etiamſi vellet legata præſtare non poſſet, ut ſuadet clauſula teſtamenti qua teſtator non ſolum peti, ſed præſtari legata vetuit, & tunc hæres ante diem ſolvens non debuit liberari, vel ſi liberaretur ut ſupponit Scævola: ergo hæres poteſt ante diem ſolvere legatum contra voluntatem teſtatoris contra textum in *dict. l.* 15. *de ann. legat.* aut teſtatoe facultatem aut arbitrium conceſſit hæredi, ut poſſet ante diem ſolvere, & tunc poterit repræſentationem ejus, quod ante diem ſolvit in reliqua ſolutione lega-

legati reputari , & ſi non poteſt ut decidit Scævola : ergo hæres ante diem in ſui favorem appoſitum non ſolvit ex teſtatoris voluntate, nam ſi ſolveret utique repræſentationem cæteris legatariis reputaret. Sed reſpoodeo cum Cujacio *ad Pandect. in dict. l.* 88. §. 5. in ejus ſpecie hæredem liberari, dum ante diem ſolvit, oam teſtator in ejus gratiam diem appoſuit , & dum legata ante quinquennium præſtari vetuit, id ſolum agebat , oe quis ſupra legitimum modum oneraret hæredem , quia ea ratione repræſentationem ejus quod ante diem ſolvit , cæteris legatariis reputare non poteſt, id eſt non poteſt eo prætextu cætera legata minuere jure Falcidiæ ; quoniam ipſe ſibi onus accerſivit , & liberalitas quam exercuit in præmatura ſolutione non debet cedere in diſpendiom cæterorum legatariotum. Nec obſtat textus *in l. 5. §. non 2. ad leg. Falcid. l. 5. §. ult. eod. tit.* ex quibus exiſtimabat Cujacius jure digeſtorum liberum fuiſſe hæredi quibusdam legatis in integrum ſolutis, ex reliquis integram falcidiam detrahere , nam certum eſt hæredi id ounquam licuiſſe, neque is textus quidquam probare videtur ; videodus pro ejus explicatione Donell. *in dict. l. 5. §. ult. ad leg. Falcid. non ut & in authen. ſed cum teſtator cod. eod. tit.*

5 Ex quibus omnibus difficilis redditur Pomponii deciſio *in l. ſi ita 45. §. 1. de legat.* 2. quatenus docet legatum ſub conditione relictum , vel ex die certo , ante conditionem , vel diem repudiari oon poſſe , quia neqoe pertinet ad legatarium antequam dies venerit vel conditio extiterit : ergo legatum in diem relictum noo habetur perindè , ac ſi pore datum fuiſſet. Cui dubio omiſſis variis ſolutionibus quas afferunt Accurſ. Laſcarte de decima venditionis *cap.* 10. *num.* 12. Spino *de teſtamentis dict. gloſſa* 14. *num.* 32. & Larrea *tom.* 1. *nov. deciſ. Granatenſ. diſp.* 16. *num.* 21. reſpondeo cum ſubtiliſſimo Coſta *lib.* 1. *ſelect. cap.* 20. & Pichardo *in dict.* §. 2. *inſtit. de verb. oblig. num.* 22. *cum trib. ſeqq.* quod licet quoad cauſam ceſſionis legatum in diem non diſtet à legato puro , tamen quoad cauſam dilationis non puro ſed conditionali legato ſimile eſt, quia eum illud legatum delatum dicatur , quod quis agnoſcendo poteſt conſequi *l. delata* 151. *de verb. ſignif.* & legatum in diem , ante diem neque peti neque agnoſci poteſt, non magis quam legatum conditionale anre exiſtentiam conditionis , utique ante diem non differtur & ea ratione ante diem non poteſt repudiari , quia juxta vulgatem regulam textus *in l. is poteſt* 13. *de acquir. hæred.* is ſolum poteſt repudiare , qoi poteſt acquirere ; repudiantur autem duntaxat delata , licet paciſci etiam de non delatis poſſimus *l. pactum* 46. *de pactis l.* 1. *C. eod. tit.* junctis quæ tradit dominus Larreategui *lib.* 2. *ſelect. cap.* 2. *num.* 10. & 11. ſed tunc ſic inſtabis , ergo legatum ante diem non poteſt ſolvi legatario , nam legatum noo prius ſolvi poteſt, quam acquiſitum ſit. Verum huic objectioni ſubtilis occurit Goffredus *in l. uxorem* 41. §. *Seium* 12. *de legat.* 3. *num.* 32. *cum duob. ſeqq.* quod licet legatarius ante diem non poſſit legatum agnoſcere , quoties hæres ante diem non vult ſolvere tamen ubi hæres utitur libero arbitrio ſibi à teſtatore dato & ante diem ſolvere paratus eſt , diem ſui gratia appoſitum tollit, quo ſublato perindè eſt , ac ſi pure legatum relictum fuiſſet, ac per conſequens poteſt ſtatim agnoſci à legatario. Verum etiam replicabis , ex eo quod dominium rei legatæ ex certo die acquiritur legatario ante diem, perinde ae ſi pure relictum fuiſſet *l.* 1. *verſ. ſed quia* 2. *junct.* §. *ſeq. C. comm. de legat.* 3. ergo cum ante diem acquiritur , & poteſt etiam repudiari. Reſpondeo quod ante diem ſolum acquiritur legaiario dominium revocabile , quod oon ſuffieit , ut poſſit agnoſcere , vel repudiare legatum , nam pariter à morte teſtatoris dominium rei legatæ pore acquirit legatarius , & tameo qui ante aditam hæreditatem rem legatam non poteſt agnoſcere *dict. l.* 7. *in prin. quando dies legat.* non poteſt ante diem legatum agnoſcere vel repudiare ut notum eſt.

6 Neque ſolum quoad cauſam dilationis legatum in diem datum differt à legato pure relicto , ſed & in eo quod cum agitur de ineunda ratione legis Falcidiæ , ſi forſam hæreditas ſit exhauſta vel onerata legatis non habetur pro puro ut ſentit Paulus *in l.* 45. *ad leg. Falcid.* quia medii temporis commodum computatur , id eſt imputatur hæredi in Faleidiam perinde ac ſi ſub conditione legatum relictum fuiſſet *l. 66. l.* 88. §. *ult. ad leg. Falcid. l.* 22. §. *heres* 2. *l.* 58. §. *ante diem* 5. *ad Trebellian.* Hoc tamen intereſt inter legatum conditionale & legatum in diem, quod conditionale non ſtatim ſubjicitur Falcidiæ , quia incertum eſt an debendum ſit, licet enim Proculus ut refert Paulus *l.* 45. §. 1. *ad leg. Falcid.* exiſtimaſſet legatum conditionale ſtatim ſubjiciendum eſſe ſalcidiæ , ita ut tantum eſſe in legato intelligatur quanti ſpes legati veniri poſſit, qood & Celſus Proculi ſectator ſcribit *in l. ſi propter* 53. *ad leg. falcid.* obtinuit verò contraria ſententia exiſtimantium non ſtatim ſubjici *Falcidiæ* , & placuit cautionibus rem eſſe temperandam, ita ut ſi quædam legata pure, quædam ſub conditione relicta ſint, dum pendet cooditio , pendeat etiam ratio legis falcidiæ, & legata pure relicta præſtentur ſine dimioutione aut deductione interpoſita cautione , quod amplius , quam per legem falcidiam liceret , legatarius eœperit reddi ut conſtat *ex l. ſicut* 31. *l.* 45. §. 1. *l.* 73. §. *ſed etſi* 2. *ad leg. falcid. l.* 1. §. *ſi legata* 7. *cum ſeqq. ſi plusquam per falcid.* legatum aotem in diem ſtatim ſubjicitur falcidiæ , quia omnimodo certum eſt tam ipſi legatario , quam ejus hæredibus deberi, quapropter ſi quædam legata pure , quædam in diem relicta ſint , in omnibus ab initio locum habet falcidia , & tanto minus ex bonis erogari intelligitur , quantum interim dum dies venerit, lucratus eſt hæres ex fructibus vel uſuris *dict. l.* 73. §. *in diem* 4. *ad leg. falcid. l.* 3. §. *quoties* 3. *ſi cui plusquam per leg. falcid.* docet Cujacius 3. *Paul. ad edictum in dict. l.* 45. *ad leg. Falcid.* ubi advertit Paulum ſub eadem inſeriptione *in l. ſi ſocii* 28. *pro ſocio.* aliam ſimilitudinem inter diem & conditionem apponi , quæ facile intelligitur ex his quæ dixi

in

in præcedenti diſputatione num. 25.

7 Habemus jam legatum in diem quoad cauſam ceſſionis petinde haberi, ac ſi pure relictum fuiſſet, nnnc admonendum eſt, aliquando diem certum ſuſpendere ceſſionem legati ad inſtar conditionis, ut puta ſi res intranſmiſſibilis veluti uſusfructus, uſus aut habitatio ex die certo relinquatur, hujusmodi legatum non cedit ante diem *l. un. §. in diem* 3. *quando dies uſusfr. leg. ced.* quod ideo procedit quia cum præcipuus effectus ceſſionis ſit tranſmiſſio, & illud legatum etſi pure relictum ſit intranſmiſſibile, non cedit à morte teſtatoris ſed ab adita hæreditate *dict. l. un. §.* 2. *l.* 1. *quib. mod. uſusfr. amitt. l.* 2. *&* 3. *quando dies leg. ced.* utique ex die relictum non cedit ante diem quod ita accipiendum eſt, ut neque ante cedat uſusfructus nec actio de uſufructu, ut ait Ulpianus *in dict. l. un. §. ult.* ubi ex hoc principio infert ex ſententia Scævolæ legatarium agentem ante diem uſusfructus nihil facere, quamvis alias qui ante diem agit, male agit, ſignificans quod licet alias qui ante diem agit male agere dicatur, & litem amitterre, ut dicebam *ſuperiori capite num.* 28. *cum aliis ſeqq.* tamen legatarius ante diem petens uſumfructum nihil agit, id eſt cauſam non amittit, quia actionem quam ante diem non habet, conſumere non poteſt ut dixi de creditore conditionali *num.* 28. docet Faber *in ration. ad textum in dict. l. un. §.* 3. *& ult. quando dies uſusfruct. ced.* Caſtillo *de uſufructu cap.* 8. *num.* 2. ex qua doctrina Gomez 2. *var. cap.* 11. *num.* 21. quem ſequitur Oſſuald. *lib.* 15. *cap.* 11. *lit. C.* infert recte ſtipulationi uſusfructus adjectum diem certum conditionis vicem gerere & incertum eventum ſtipulationem differre, quæ expirat ſi ſtipulator ante diem moriatur; verum hæc ita procedunt ſi uſusfructus ex die legetur aut promittatur, ſi verò uſusfructus in annos decem relinquatur aut promittatur, non intelligitur dies adjectus legato aut ſtipulationi tanquam terminus à quo ſed tanquam terminus ad quem *l. quaſitum* 37. *de uſufr. & quemadm. l.* 6. *de uſufruct. leg.* licet in aliis legatis & ſtipulationibus ſimiliter acceptis aliud obſervetur *l.* 49. *de condition. & demonſt.* quia cum uſusfructus morte finiatur, & fieri poſſit ut ſi anni decem expectentur fructuario interim decedente ſtipulatio aut legatum non conſiſtat. commodius dicendum hæc verba *in annos decem* ſic accipi ut potius contineant tempus quo finiatur quam quo ſuſpendatur uſusfructus *l.* 11. *de reb. dubiis l.* 80. *de verb. oblig.* docet Donell. *in l.* 40. *ced. tit. num. ult.*

8 Sed argui poteſt *in dict. l.* 2. *quando dies leg. ced.* ait Ulpianus uſumfructum pure legatum non cedere ante aditam hæreditatem, & ſubjungit idem eſſe dicendum ſi ex die legatum ſit: ergo ſentit uſumfructum ex die certo legatum cedere ab adita hæreditate. Reſpondeo ex mente Goffredi ibidem *num. ult.* Conſultum non aſſerere ex die uſumfructum legatum cedere ab adita hæreditate, ſed non poſſe cedere ante aditam hæreditatem quod longe diverſum eſt, etenim qui dicit uſumfructum ex die relictum non cedere ante aditam hæreditatem, & ſi dies ante venerit, quod non negamus. Nun ita facilem habet explicationem. alia parum vulgaris ejuſdem Ulpiani deciſio *in dict. l.* 1. *§.* 2. *quibus mod. uſusfruct. amitt.* ubi docet quod ſi is cui fundus ex die legatus fuit, uſumfructum reſtituere rogatus ſit, & fideicommiſſarius capite minutus ſit intra diem inſertum legato fundi, ex benignitate ſalvum habet uſumfructum, dummodo ante diem reſtitutus ſit, tunc ſic, quoties is cui ex die fundus legatur uſumfructum reſtituere rogatur, fideicommiſſum ex die relictum cenſetur, cum non poſſit legatarius uſumfructum reſtituere ante diem ex quo fundus ei legatus eſt; ergo, ſi verum eſſet uſumfructum ex die relictum ante diem non cedere ſtricto jure fideicommiſſarius ſalvum haberet uſumfructum, nam capitis diminutio contingens ante diem uſusfructus cedentem non extinguit uſumfructum ut dicitur *in eadem l.* 1. *§.* 1. *quib. mod. uſusfr. vel uſus amitt.* ſed Ulpianus ut reſpondeat fideicommiſſarium ſalvum habere uſumfructum confugit ad Aſylum benignitatis ergo ſentit fideicommiſſum uſusfructus ex die relictum ante diem cedere ab adita hæreditate; ſed reſpondeo cum Fabro *in ration. ad dict. l.* 1. *§.* 2. *quib. mod. uſusfruct.* fideicommiſſum fuiſſe purum, quia teſtator non fideicommiſſo ſed legato diem appoſuit. Neque obſtat quod legatarius non poſſit ante diem uſumfructum reſtituere, nam pariter hæres ſub conditione inſtitutus non poteſt legata præſtare ante exiſtentiam conditiunis, cum neque ante poſſit adire, & tamen expeditum eſt legata eo teſtamento relicta, quo hæres ſub conditione inſtitutus eſt pura eſſe *dict. l.* 21. *§.* 1. *junct. l.* 7. *quand. dies legat.* unde fideicommiſſum illud uſusfructus utpote purum ſtricto jure cedere debuit ab adita hæreditate ante diem inſertum legato fundi, ac per conſequens fideicommiſſarius amittere debuit uſumfructum, hoc ipſo, quod poſt aditionem hæreditatis licet ante diem adjectum fundi legato capite minutus fuit. At Ulpianus reſpondit benignius eſſe ut dicamus quod licet alias fideicommiſſum relictum ab eo, cui ex die legatum eſt purum ſit, tamen in propoſito fideicommiſſum ex die relictum intelligatur, ut non cedat ante diem & fideicommiſſarius interim capite minutus ſalvum habeat uſumfructum: hujus benignitatis ratio, quam neque Ulpianus aſſignat, neque inquirunt interpretes ex eo facile ni fallor deducitur, quod etſi fideicommiſſum hoc cederet ante diem ab adita hæreditate, tamen neque ad hæredes tranſmittitur, neque ante diem cum effectu peti poteſt, itaque in id ſolum cederet, ut intra diem capite minuto fideicommiſſario extingueretur, quod certe manifeſtam injuriam contineret, quapropter ex benignitate ex die relictum cenſetur, neque cedit ab adita hæreditate ſed cum dies venerit ad hoc ut fideicommiſſarius intra diem capite minutus ſalvum habeat uſumfructum dummodo ante diem reſtitutus ſit.

9 Pariter & dies certus adjectus tutelæ teſtamentariæ vicem gerit conditionis, etenim ſi pater in teſtamento liberis ſuis impuberibus tutorem dederit ex certo die vel ſub conditione

ne ante diei adventum vel conditionis exiſtentiam non defertur tutela, & interim alius tutor à magiſtratu dandus eſt, qui ſuppleat defectum tutoris teſtamentarii ne indefenſus maneat Pupillus *l. ſi ſub conditione* 11. *de teſtament. tut.* §. 1. *inſtit. de Atiliano tutore* cujus rei duplex afferri poteſt ratio; prior ex eo deſumitur quod cum tutela in facto perſonæ, & adminiſtratione magis quam in jure conſiſtat omnino per diem differri poteſt ut à contrario ſenſu probatur *ex l.* 44. §. 1. *de oblig. & action.* ſicuti & eadem ratione ipſo jure finitur adveniente die appoſito tanquam termino ad quem §. *præterea* 5. *inſtit. quib. mod. tut. fin.* poſterior & meo videri efficacior ex eo provenit quod cum dies adjectus ex ſui natura ſuſpendat executionem actus cui adjicitur, ſuſpendit utique executionem tutelæ teſtamentariæ, qua ſuſpenſa tota vis & ſubſtantia tutelæ ſuſpenditur, nam cum ex tutela nullum jus quæratur tutori, ſed ſolum adminiſtrationis incommodum adjungatur, fruſtra quis dixerit ſuſpenſo onere adminiſtrationis tutelam ante diem cedere, quod in aliis cauſis non contingeret, ex eo enim quod ex legatis & fideicommiſſis ſeu ſtipulationibus in diem conceptis dies ſtatim cedat plurimi dimanant effectus quos explicatos relinquo. Confirmatur hæc ratio ex eo quod licet hæreditatis aditio moram facere dicatur petitioni legati, non verò ceſſioni legatorum quæ purè relicta ſunt *dict. l.* 7. *quando dies legat.* moram tamen tutelæ teſtamentariæ facit *l. ſi hereditas* 10. *de teſtam. tut.* §. 1. *inſtit. de Atilian. tut.* quia cum ante ad hæreditatem tutor adminiſtrare non poſſit, fruſtra cederet tutela ante diem aditionis; ſic ſimiliter dies certus, qui neque obligationem remoratur, neque ceſſionem legati ſuſpendit tutelam teſtamentariam omnino differt ita ut interim pupillo per tutorem à magiſtratu datum conſulatur.

10 Denique certus dies adſcriptus libertati directæ aut fideicommiſſariæ ad inſtar conditionis ceſſionem libertatis ſuſpendit *l.* 36. §. *fin. ad leg. Falcid. l.* 23. *de manum. teſtam. l.* 4. §. *ſi* 5. *de fideicomm. libertat.* nam cum libertas ſit res intranſmiſſibilis, & ea ratione purè relicta non cedat à morte teſtatoris ſed ab adita hæreditate *l.* 8. *quando dies leg. ced. l.* 33. *de pœnis. l. un.* §. *libertatibus* 6. *C. de caducis toll.* fruſtra ante diem cederet cum non ante peti poſſet: ſed argues ex difficili textu *in l. ſi poſt* 68. §. *ſi pure* x. *cum ſeq. de legat.* 1. ubi dicitur quod ſi ſervus pure legatus ſub conditione liber eſſe juſſus ſit, valet legatum, ſi verò ex certo die liber eſſe juſſus ſit omnimodo legatum inutile eſt, quia dies venturus certus eſt: ergo multum intereſt inter libertatem ſub conditione & ex die relictum. Verum reſpondeo ex hoc textu non probari libertatem ex die relictum ante diem cedere, cum contrarium expreſsè aſſerat Conſultus, ſed ſolum evinci hoc inter diem & conditionem intereſſe, quod ſi ſervus legatus pure ſub conditione liber eſſe juſſus ſit, ſub contraria conditione legatum relinqui intelligit id eſt conſiſtit, textus *in l.* 10. *de adim. legat. cum ſimilib.* in quibus legatum pure datum & ademptum ſub conditione, intelligitur datum ſub conditione, at ſi ex die liber eſſe juſſus ſit, omnimodo legatum inutile eſt, non quidem ex ratione tradita à Goffredo quam libenter impugnarem, ni brevitati conſulerem, ſed ex eo potius uti ego exiſtimo, quod legatum hoc ademptum & ſub conditione *ſi adveniente die ſervus ad libertatem pervenerit* quæ neceſſaria eſt, nam diem venturum certum eſt, nec poteſt deficere, niſi forſan ſervus ante diem moriatur *dict. l.* 36. §. *fin. ad leg. Falcid.* quo caſu neque legatum exitum habere poteſt, invenitur ergo datum ſub contraria conditione quæ ex voluntate teſtatoris exiſtere non poteſt, ac perinde inutile eſt, qua doctrina intelligitur textus *in* §. *ult. dict. l.* 68. *de legat.* 1. de cujus conciliatione *cum l.* 65. §. *Titio* 2. *cum ſeqq. de leg.* 2. videndi erunt Guffredus in eo textu. Cujac. *ibid. lib.* 16. *quæſt. Pupin.* Nunc ſuo ordine ſequebatur de die certo hæredis inſtitutioni adjecto diſputatio, quam quia plene percurri in Academicis obſervationibus, quas præterito ſemeſtri dictavi *obſerv.* 1. *ad* §. *hæres* 9. *inſtit. de hered. inſtit.* nunc omitto. Et hæc de die certo ultimis voluntatibus adjecto.

CAPUT TERTIUM.

De die incerto qui pro certo habetur tum in contractibus quam in voluntatibus appoſito.

SUCCEDIT jam de incerto die, qui pro certo habetur in contractibus & ultimis voluntatibus diſputatio. Dies ergo incertus aut prorſus & ſimpliciter talis eſt, cum ſcilicet neutrum apparet neque an venturus ſit, nec quando veluti: *cum Conſulatum inieris, uxorem duxeris* & omnimodo pro conditione eſt, tam in contractibus, quam in ultimis voluntatibus *l. qui promiſit* 48. *de condict. indeb. dict. l.* 21. *in prin. verſ. ut ſi quando dies leg. ced.* textus ſic intelligendus *in l.* 38. §. *inter* 16. *de verb. oblig.* aut talis eſt ſecundum quod alterum terminum incertum eſt, & vel ignoratur, an venturus ſit duntaxat vel quando venturus ſit, & ſi quidem hoc ſolum ignoratur, an venturus ſit, pariter conditionalem reddit contractum & ultimam voluntatem, textus *in l.* 49. §. *hoc autem* 2. *cum ſeq. de legat.* x. *dict. l.* 21. & 22. *quando dies legati. l.* 3. *C. eod. tit.* quibus non obſtant textus *l.* 46. *ad Trebell. l.* 26. §. 1. *quando dies legat. l.* 5. *C. eod. tit* pro quorum explicatione videndus Donellus 8. *comment. cap.* 31. ſi verò dies neceſſario extiturus ſit & hoc ſolum ignoretur quando extiturus ſit, ut contingit in diem mortis cujusque, difficile ſane eſt inveſtigare num pro conditione habeatur? pro cujus explicatione prius de contractibus, & poſtea de ultimis voluntatibus diſpiciamus, & quidem pro conſtanti teneo contractum collatum in ultimum inſtans vitæ unius ex contrahentibus quod non morti ſed vitæ tribuitur *l.* 18. §. 1. *de manum. teſtam.* vel poſt mortem alicujus tertii quod olim fieri potuiſſe conſtat *ex* §. *ita autem* 16. *cum* §. *ſeq. de inutil. ſtipulat.*

Digitized by Google

pulat. conditionem quidem conſtituere *l.* 45. §. *non ſolum* 3. *de verb. oblig.* ſed neceſſariam, quæ uon poteſt non exiſtere, ac periude obiigarionem & actionem ſtarim parere, ſed non effectum petitionis uſquedum adimpleatur tempus contractus in diem celebrati, ut docer Donellus *dict. lib.* 8. *cap.* 51. *num.* 15. quæ doctrina probatur *ex l.* 17. *de condict. indeb.* ubi qui ultimo vitæ inſtanti dare promiſit, ſi ante per errorem ſolvat repetere non poteſt: ergo ſtatim debet. Ulterius fulcitur quod cuntractus celebrati ſub conditione neceſſaria, quæ omnino extitura eſt: veluti *ſi nuvis ex Aſia venerit vel non venerit* ſtatim obligationem & actionem producunt, ut probatur *ex l. quod ſi eu* 18. *l. Julianus* 60. *de condict. indeb. l. neceſſario* 8. §. 1. *de pericul. & commodo rei vend.* in quam ſententiam dixit Conſultus *in l. ſi Pupillus* 9. §. 4. *de novation.* quod qui ſtipulatur ſub conditione omnino extitura, pure videtur ſtipulari ſignifirans quod pure ſtipulatur quoad ſubſtantiam obligationis, ſed non quoad effectum exactionis; denique expreſsè probatur *ex l. heres meus* 79. *de condit. & demonſt.* quatenus docet quod legatum eollatum in ultimum inſtans vitæ purum eſt, & non conditione ſed mora ſuſpenditur: ergo pariter contractus collatus in ultimum inſtans vitæ unius ex conrtahentibus præſens eſſer, neque conditione ſed mora ſuſpenditur, ac proinde ſtatim obligationem producit ſed non exactionem.

2 Contrariam tamen ſententiam tuetur Gomez *tom.* 2. *var. cap.* 11. *num.* 12. Coſta 1. *ſelectarum cap.* 17. *cum duob. ſeqq.* Retes *in Academicis de verb. oblig.* 2. *purte tract.* 2. *ſect.* 2. *num.* 4. & 5. & expendunt rextum *in l. pænales* 82. *in fine prin. ad leg. Falcid. l.* 7. *de reb. autorit. jud. l. ult. C. de contrab. ſtipul.* quibus dieitur quod in contractibus collatis in ultimum inſtans vitæ unius ex contrahentibus neque obligatio neque actio naſcitur ante ultimum inſtans vitæ, ſed facilis eſt ſolutio, nam hi textus procedunr reſpectu exactionis, nam cum id quod in contractum deductum eſt, ante ultimum illud inſtans vitæ effectivè peti non poſſit, inſpecto exitu exactionis, ante non deberi intelligitur, quemadmodum & eodem ſenſu *in l.* 2. *de reb. creditis & in l.* 41. §. 1. *de verb. oblig.* ex contractu in diem certum celebrato neque actio neque obligatio ante diem naſcitur, eadem ſolutione intelligitur textus *in l.* 121. §. *inſulam* 2. *de verb. oblig.* ubi ſcribit Papinianus ſtipulationem ita conceptam *cum morieris* non niſi moriente promiſſore committi quo ſenſu ſingulatem loquendi modum ejusdem Conſulti intelligendum eſſe conſtar *dict. l.* 124. *eod. tit.* ur dicebam *cap.* 1. *num.* 33. inducunt etiam difficiliorem textum *in l. un. C. ut actiones ab hæredibus* & contra ubi ait Juſtinianus quod cum olim ſtipulationes, & alii contractus poſt mortem unius ex contrahentibus eelebrari eſſent inutiles juxta antiquam ſententiam quæ ab hæredibus vel contra hærredes actiones incipere non ſinebat ex ſua conſtitutione utiles ſunt omnes ſublata veteri regula, tunc ſic; ſi contractus collatus in ultimum inſtans vitæ unius ex contrahentibus præſentem produceret obligationem ex eo quod ultimum inſtans venturum eſſe certum & neceſſarium eſt nihil prohiberet, quominus etiam antiquo jure utilis eſſet contractus poſt mortem unius ex conrtahentibus collatus; nam cum tempus poſt mortem non minus neceſſarie extiturus ſit, quam ultimum inſtans vitæ, potuiſſet utique ex ejus cauſa ſtatim ex tempore conventionis actio defuncto & contra defunctum competere, & ad hæredem vel contra hæredem tranſire, ſed conrtactus poſt mortem collatus inutilis fuit, ergo contractus collatus in ultimum inſtans non producit præſentem obligarionem. Rurſus poſt novam Juſtiniani conſtitutionem contractus poſt mortem collatus perinde habetur ac ſi in ultimum vitæ inſtans fuiſſet collatus, ſed hodie ex contractu poſt mortem compuſito, ſolum incipit actio ab hærede vel contra: ergo pariter contractus qui confertur in ultimum inſtans vitæ non producit præſentem obligationem.

Pro cujus difficultatis ſolutione ſciendum eſt, rixam fuiſſe olim inter Proculum & Sabinum ſuper eo an ſcilicet poſſit actio ab hærede & contra hæredem incipere? negabat Sabinus ut conſtat *ex l.* 36. §. 1. *ad leg. Aquil.* affirmabar Proculus cujus ſententiæ veſtigia inveniuntur *in l.* 12. §. *fin. cum l ſeq. mandati l.* 7. *de evict. l. leguto* 68. *de condit. & demonſt. l. reperitur* 84. *ad leg. Falcid. l.* 38. §. *ſi quis* 12. *l.* 137. §. *ult. de verb. oblig.* verum licet hac ſuper re contenderent, in eo conveniebant quod utraque ſchola contractum poſt murtem collatum inutilem eſſe aſſerebat. Proculeiani ea ſola ratione nitebantur quod præpoſteri ſunt & ſecundum verba contrahentium impoſſibiles præſtationes continent, cum neque mortuo dari, neque mortuus dare poſſit *l.* 37. §. *penult. de operis libert.* quæ impoſſibilitas præſtationis non habetur in contractibus collatis ad ultimum vitæ momentum, ut probar textus *in l. ult. de condit. inſtit.* Sabiniani præter hanc rationem ea utebantur etiam, quod non poſſent ab hæredibus vel contra hæredes actiones incipere, Gaius 1. *inſtit. tit.* 9. *de obligat.* §. 7. docent parum à noſtra ſenrenria diſcrepantes Donellus *in l.* 38. §. *ulteri* 17. *de verb. oblig. num.* 35. *cum ſequentib. &* 12. *comment. cap.* 17. *cum duob. ſequentib.* Arias de Meſa *lib.* 3. *variar. reſol. cap.* 49. *num.* 17. *cum duob. ſeqq.* Juſtinianus *in dict. l. un. & in l.* 11. *de contrab. & commit. ſtipul. & in* §. *poſt mortem inſtit. de inutil. ſtipul.* non verbis ſed ſenſui contrahentium attendens, bujuſmodi contractus rebus accommodavit & ſimul exploſa regula Sabini contrariam Proculi firmavit, ſtatuens ut actiones poſſent ab hæredibus & contra incipere. Quibus ſuppoſitis jam apparet voluntatem contrahentium efficere ut ex cauſa contractus poſt mortem collati, actio ab hæredibus & contra hæredes inciperet, nam licet regulariter dies mortis adjectus contractibus non ſoleat efficere, quominus præſens ſit obligatio ut conſtat ex dictis & probant textus ſic intelligendi *in dict. l.* 46. *in prin. de verb. oblig. dict. l.* 21. *quando dies legat.* tamen in præſenti ſuſpendit obligationem ex voluntate contrahentium

quæ

quæ ea eſr ut actiones ab hæredibus & contra incipiant, ſicuti ex contrario dies pubertatis adjectus legato qui regulatiter inducit conditionem *dict. l. 22. quande dies legat. cum aliis*, nonnumquam tamen ex voluntate teſtatoris uon impedit, ut præſens legatum ſit *dict. l. 46. ad Trebell.* Donellus 8. *comment. cap.* 31. neque magis urger ſecunda difficultas cui reſpondeo poſt Juſtiniani novam conſtitutionem contractum poſt mortem compoſitum perinde quidem haberi, ac ſi in ultimum vitæ inſtans fuiſſet collatus quoad ſubſtantiam obligationis cujus reſpectu ex voluntate contrahentium inter hos coutractus multum intereſſe diximus.

4 Sed objici poteſt textus *in l. 1. §. ſi depoſuero 45. cum ſeqq. depoſiti*, ubi dicitur quod depoſitum collatum poſt mortem deponentis aut depoſitarii non ſolum utile eſt, ſed & parit præſentem obligationem cum exactionis effectu ita ur deponenti liberum ſit ſtatim actionem depoſiti experiri adverſus depoſitarium, ergo contractus collatus poſt mortem vel in ultimum inſtans vitæ unius ex contrahentibus noo ſolum obligationem ſed præſeotem exactionem producit. Cui difficultati reſpondeo cum Donello *15. commen. cap. 9.* id ſpecialiter in depoſito ex natura negotii procedere, quia dies in gratiam deponentis apponitur, cui liberum eſt eum non expectare non verò in gratiam depoſitarii, cujus nihil intereſt rem depoſitam retinere, cum neque ejus uſum habeat §. *fuuruum 6. inſtit. de oblig. quæ ex delicto*, ſed è contra potius intereſt reſtituere, per reſtitutionem à moleſtia cuſtodiæ & periculo liberatur, quapropter depoſitum in diem certum collatum nou modo quoad ſubſtantiam obligationis, ſed & quoad effectum exactionis perinde habetur ac ſi pure contractum eſſet, & ea ratione jure digeſt. utiliter poſt mortem deponentis aut depoſitarii conferebatur ad differentiam cæterorum contractuum. Sed replicabis, *ex eadem l. 1. §. eſt autem 22. in fine*, ubi dicitur depoſitarium non teneri rem depoſitam reſtituere, ſi nondum conditio reſtitutionis ſeu depoſitioois extiterit, ergo cum expectetur conditio adjecta depoſito, utique & quilibet dies certus vel incertus & appoſitus erit expectandus: cui dubio reſponderi poteſt eum textum intelligendum eſſe de depoſito ſequeſtrario, quod cum certa conditione ſemper fiat *l. 6. depoſiti* reperi nou poteſt ante ejus exiſtentiam, ne alias uni ex contrahentibus præjudicium inferatur *l. 5. C. eod. tit.* ſecundo reſpondeo tunc demum conditionem depoſitionis expectari, cum ea fuir voluntas contrahentium, ut non exiſtente conditione dominium rei depoſitæ ex cauſa donarionis acquireretur depoſitario, ut in terminis textus *in l. 1. §. pecuniam 5. de donation.* quo caſu cum depoſitarii ex lege conventionis interſit rem depoſitam retinere ante exiſtenriam conditionis non jure urgetur ad ejus reſtitutionem.

5 Supereſt ut de die mortis legatis aut fideicommiſſis adjecto breviter agamus, circa quam rem ſequens diſtinctio adhibenda eſt, aut legatum confertur in ultimum inſtans vitæ ipſius legatarii aut hæredis inſtituti, vel quod idem eſt, poſt mortem alicujus tertii, ubi confertur in ultimum inſtans vitæ legatarii præſens neque conditione ſed mora ſuſpenditur *dict. l. 79. in fin. de condit. & demonſt.* ut conſtar *ex l. 4. §. 1. quando dies leg.* at ſi conferatur in ultimum inſtans vitæ hæredis inſtituti aur poſt mortem tertii, non ſolum mora ſed conditione ſuſpenditur, ita ut ad hæredem tranſmitti nou poſſit ſi legatarius pendente conditione deceſſerit ſcilicet prius quam moriatur hæres vel tertius ut probant textus *in l. ſi pecuniam 12. §. 1. de legat. 2. l. 1. §. ſi dies 2. l. quibus 40. §. quidam 2. dict. l. 79. §. de condition. & demonſt. dict. l. 4. in prin. quando dies legat.* diſcriminis ratio hæc eſt: utroque quidem caſu legatum continet conditionem, nam dies incertus generaliter in teſtamento conditionem facit *l. dies 75. de condit. & demonſt.* ſed neceſſariam quæ non poteſt non exiſtere vivo legatario, ultimo ſcilicet inſtanti quo moritur quod efficit ut quoad cauſam ceſſionis & tranſmiſſionis legatum præſens eſſe dicatur, at in ſecundo licet conditio ſit neceſſaria quia moriturum hæredem vel tertium neceſſarium eſt, tamen poteſt non exiſtere vivo legatario, cum poſſit evenire ut legatarius ante hæredem vel tertium moriatur, ac per conſequens omoiuo legatum ſuſpendit, quod & obſervatur eum legatum relinquitur ſub illa neceſſaria conditione *ſi navis ex Aſia venerit ſive non veneris*, cui ſimile eſt legatum collatum in ultimum inſtans vitæ hæredis inſtituti, docet elegaoter Pomponius *in l. 13. quando dies legat.* quia licet alterutrum futurum certum & neceſſarium ſit incertum tamen eſt an vivo legatario extiturum ſit. Neque obſtat quod contractus celebratus ſub neceſſaria conditione aut collatus in ultimum inſtans vitæ unius ex contrahentibus præſentem obligationem producat, ut jam diximus. Nam diſcriminis ratio inter contractus & legata quoad banc partem ex co deſceudit quod ubi contractus eſt ſub neceſſaria conditione non poteſt ex ejus cauſa non deberi, quia non poteſt deficere conditio, & quia opus non eſt conditionem non exiſtere vivo creditore cum certum ſit ſpem obligationis conditionalis adhuc pendente conditione ad hæredem tranſmitti §. *ex conditionali 6. inſtit. de verb. oblig.* & ea ratione indiſtincte præſentem producit obligationem, at ubi legatum relinquitur ſub neceſſaria conditione aut confertur in ultimum inſtans vitæ hæredis inſtituti, fateor quidem omnino extituram conditionem, nego autem ex co purum eſſe legatum, nam incertum eſt au conditio extitura ſit, vivo legatario quod neceſſarium eſt ad urilitatem legati, cum juxta nota principia, legata ſub conditione legata vel relicta non poſſinr ea pendente ad hæredem tranſmitti *l. un. §. 7. C. de caduc. toll.* ſic docet, licet non ſic explicet Donell. *lib. 8. cap. 31.* quidquid ex aliis dicat Retes *de verb. oblig. 2. parte tract. 2. conſectar. 2. num. 5. & 6.*

Verum quod diximus legatum rectè conferri 6
in ultimum inſtans vitæ legatarii, fallit in his verbis quæ ad hæredem tranſmitti non poſſunt, quæ in ultimum vitæ legatarii inutiliter relinquuntur, veluti ſi uſusfructus qui morte finitur, alicui relinquatur cum morietur, inutile legatum eſt *l. Titio 51. de uſufruct. l. 5.*

de

de uſufruct. leg. dict. l. 79. §. 3. de condit. & demonſt. ſicuti & libertas in ultimum inſtans vitæ inutiliter relinquitur *l. 17. l. ult. de manum. teſtam. l. 4. §. 1. de ſtat. lib.* & noſter Amaya 2. *obſerv. cap. 1. num.* 14. Neque obſtat textus *in l. extraneus 9. C. de hæred. inſtit.* pro cujus ſolutione videndi erunt Conanus 10. *comment. cap.* 6. & noſter Richard. *in §. hæres & pure 9. inſtit. eod. tit. num. ult.* ex quibus venit intelligendus textus elegans *in l.* 107. §. 1. *de legat.* 1. ubi ait Africanus quod ſi quis ſervum, cui aliquid legaverat ſine libertate leget: *cum moriatur ipſe ſervus* utile legatum eſt, quia moriente ſervo, id quod ipſi legatum fuit, ad eum cui ipſe legatus fuit perventurum eſt. Pro cujus deciſionis intelligentia ommiſſi, quæ fruſtra Doctores commioiſcuntur dicendum eſt quod ſi quis alicui legaverit ſervum: cum ipſe ſervus morietur inutile legatum eſt, quia in id tempus confertur, quo etſi ab initio conſtitiſſet ex interitu rei legatæ extingueretur, at ſi in eadem ſpecie prout ponit Africanus ſervo ipſi aliquod legatum relictum ſit, valet etiam legatum ipſius ſervi, quia utilitatem ad fert legatario illam ſcilicet quod moriente ſervo, quo tempore conditio extitit, cedit legatum ipſius ſervi, & prætetea legatum ipſi ſervo datum, quod pertinet ad legatarium. Tradit hanc ſubtilem interpretationem Goffredus *in dict. l. 79. de condition. & demonſtrat. num. 9. & 3.*

Nunc pro coronide videamus quando exiſtat
7 conditio legati collati in ultimum inſtans vitæ hæredis vel alicujus tertii, & quidem ex dictis apparet conditionem non exiſtere poſt mortem ſed moriente hærede vel tertio, ut probatur *ex l. ab omnibus 104. §. cum quidam 7. de legat. 1.* & ex celebri textu *in l. 1. §. ſi emancipato 18. de collat. bonor.* ubi filius emancipatus præteritus qui agnoſcit bonorum poſſeſſionem contra tabulas fratribus qui fuerunt in morientis patris potestate tenetur conferre legatum ſibi relictum. *cum pater morietur* qui illud acquiſivit vivo patre, ultimo ſcilicet inſtanti quo pater moritur, & omnia cogitur conferre, quæ vivente patre non quæ poſt ejus mortem acquiſivit *l. penult. eod. tit. de collat. bon.* ſed nunc ingens oritur difficultas *ex §. ſi ab ipſo patre 19. de legat.* 1. ubi aſſeritur quod ſi ab ipſo patre hærede inſtituto filio fideicommiſſum relictum fuerit cum pater morietur, filius non cogitur emolumentum fideicommiſſi fratribus conferre, quia moriente patre ejus non fuit. Cui difficultati omiſſa ſolutione quam tradit præceptor. Meus D. Didacus de la Serna *in ſuis exercitationibus juris exercitat. 4. num. 7.* quæ facile convincitur ex regula textus *in l. 2. §. id quod 3. & ſeq. de collat. bonor.* Reſpondeo cum Cujacio *lib. 3. obſervat. cap. 34.* quod cum olim valeret fideicommiſſum relictum poſt mortem fideicommiſſarii aut hæredis *§. poſt mortem 35. inſtit. de legat.* neglecta ſubtilitate verborum fideicommiſſum in ultimum inſtans vitæ collatum prout utile erat fideicommiſſario poſt mortem relictum intelligebatur *l. fideicommiſſa 11 §. filio 10. de legat. 3.* & à ratione non conferebatur *dict. l. 1. §. 19. juncta dict. l. penult. de collat. bon.* Hic agendum eſſet de fideicommiſſis poſt mortem hæredis relictis, ſed quia ſolum loquimur de incerto die qui pro certo habetur, vela contrahimus dum optatum portum attingimus & Ovidianum illud uſurpamus:

Da veniam ſcriptis quorum non gloria nobis,
Cauſa, ſed officium utilitaſque fuit.

DON

Digitized by Google